Das Eigentum des Staates an den öffentlichen Gewässern in Bayern.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Alfred Köhler
aus Gimmeldingen (Rheinpfalz)
Rechtspraktikant.

ACAD. IURID. HAT. BIBL.

Approbiert am 21. Mai 1910.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1910.

240

Referent: Universitäts-Professor Dr. Rieker

Meinem Vater!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Einleitung und Disposition 1

B. Abhandlung.

1. Hauptteil.

Die rechtliche Natur des staatlichen Eigentums an den öffentlichen Gewässern.

§ 1. Das Eigentum an öffentlichen Sachen im allgemeinen . . . 3

§ 2. Das Eigentum an den öffentlichen Gewässern im besonderen 10

2. Hauptteil.

Der Gegenstand des staatlichen Eigentums an den öffentlichen Gewässern.

§ 3. Allgemeines 18

§ 4. Behandlung der Streitfrage 19

§ 5. Lösung der Frage 25

§ 6. Widerlegung entgegengesetzter Theorien 25

§ 7. Probe für die Richtigkeit unseres Ergebnisses 32

§ 8. Zusammenfassung 34

§ 9. Folgerungen aus dem in § 8 gewonnenen Ergebnisse 35

3. Hauptteil.

Freiheit und Gebundenheit des staatlichen Eigentums.

§ 10. Der Einfluß des öffentlichen Rechtscharakters auf die Entfaltung des staatlichen Eigentums an den öffentlichen Gewässern 40

§ 11. Das Hervortreten des fiskalischen Gewässereigentums 44

§ 12. Das Hervortreten des fiduziarischen Gewässereigentums . . . 48

§ 13. Die rechtliche Natur und der Umfang der Gemeingebrauchsbefugnisse an den öffentlichen Gewässern 50

§ 14. Beschränkungen des staatlichen Gewässereigentums durch Privatrechtstitel 53

4. Hauptteil.

Entstehung und Untergang des staatlichen Eigentums an den öffentlichen Gewässern.

§ 15. Entstehung des staatlichen Eigentums 54

§ 16. Der Untergang des staatlichen Eigentums an den öffentlichen Gewässern 58

Literaturverzeichnis.

v. Amira, Germ. R. = Grundriß des germanischen Rechts von Karl v. Amira. 2. Aufl. Straßburg, Trübner, 1901.

Aström = Über das Wasserrecht in Nord- und Mitteleuropa. Systematische Darstellung vom Gesichtspunkte des schwedischen Grundeigentumsrechtes. Von Dr. jur. Adolf Aström. Leipzig, A. Deichert Nachf., 1905.

Bekker, Pand. = System des heutigen Pandektenrechts von Ernst Immanuel Bekker. Weimar, Hermann Böhlau, 1889.

Brenner = Das Wassergesetz für das Königreich Bayern v. 23. 3. 1907, bearbeitet von G. Brenner. München, C. H. Beck, 1908.

Dekret an die Stände = Dekret an die Stände, den Entwurf eines sächsischen Wassergesetzes betr., v. 30. 11. 1905.

Dernburg, Pand. = Pandekten von Heinrich Dernburg. 3. Aufl. Berlin, Verlag von H. W. Müller, 1892.

Eymann = Das Wassergesetz für das Königreich Bayern v. 23. 3. 1907, erläutert von Otto Eymann. Ansbach, C. Brügel u. Sohn, 1908.

Hager = Hager, Über die Aufnahme des Wasserrechts in das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1890.

Harster-Cassimir = Kommentar zum bayrischen Wassergesetz v. 23. 3. 1907 von Dr. Theodor Harster und Dr. Josef Cassimir. München, Schweitzer Verl., 1908.

Huber = Die Gestaltung des Wasserrechtes im künftigen schweizerischen Rechte von Eugen Huber. Basel 1900.

v. Kahr, Rechtsrh. GemO. = Bayrische Gemeindeordnung für die Landesteile diesseits des Rheins von Dr. Gustav v. Kahr. München, C. H. Beck, 1896.

Männer, Grundstücksrecht. = Männer, Das Recht der Grundstücke. München, Schweitzer Verl., 1899.

Meisner = Das in Bayern geltende Nachbarrecht mit Berücksichtigung des Wasserrechts. München, Schweitzer Verl., 1901.

v. Liszt, Strafrecht. = Lehrbuch des deutschen Strafrechts von Dr. Franz v. Liszt. 14./15. Aufl. Berlin, J. Guttentag, 1905.

Oertmann = Bayrisches Landesprivatrecht von Dr. Paul Oertmann. Halle, Waisenhaus, 1903.

Poezl = Die bayrischen Wassergesetze v. 28. 5. 1852 erläutert von Dr. J. Poezl. 1./2. Aufl. Erlangen, Palm & Enke, 1862 u. 1880.

Roth, Bayr. Zivilrecht. = Bayrisches Zivilrecht von Paul Roth. Tübingen 1875.

Schenkel = Das badische Wasserrecht, von Dr. Karl Schenkel. 2. Aufl. Karlsruhe, G. Braun, 1902.

Seydel = Bayrisches Staatsrecht, von Max v. Seydel. 2. Aufl. Freiburg i. B. und Leipzig, C. B. Mohr, 1896.

Staudinger = J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche und dem Einführungsgesetz. 3./4. Aufl. München, Schweitzer Verl., 1907.

v. Thelemann, Korref. = Korreferat des Reichsrates Ritter v. Thelemann zu dem Berichte des Herrn Reichsrates v. Lindenfels an den besonderen Ausschuß der Kammer der Reichsräte über den Entwurf eines Wassergesetzes für das Königreich Bayern. (Nicht veröffentlicht.)

Windscheid = B. Windscheids Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. Frankfurt 1907.

Abkürzungen.

AB. d. AK. = Bericht des VIII. Ausschusses über den Entwurf eines Wassergesetzes für das Königreich Bayern. Verhandl. der Kammer der Abgeordneten 1905/06 Beil. Bd. 3 Beil. 377 S. 151 ff.

AG. z. BGB. = Bayrisches Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Begr. = Begründung zum Entwurfe eines Wassergesetzes für das Königreich Bayern. Verhandl. der Kammer der Abgeordneten 1905 Beil.-Bd. 1 Beil. 9 S. 536—580.

BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch.

Bl. f. adm. Pr. = Blätter für administrative Praxis.

Bl. f. Rechtsw. = Blätter für Rechtsanwendung.

EG. z. BGB. = Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

EG. z. StGB. = Einführungsgesetz zum Reichsstrafgesetzbuch.

Entsch. d. Oberst. GH. = Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für Bayern in Gegenständen des Zivilrechtes und Zivilprozesses.

ERG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

EVGH. = Entscheidungen des bayrischen Verwaltungsgerichtshofes.

RRA. = Protokolle des Ausschusses für das Wassergesetz der Kammer der Reichsräte. Verhandl. d. RRK. Anh. z. Beil.-Bd. Nachsession 1907 S. 124—278.

ÜG. = bayr. Gesetz v. 9. 6. 1899, Übergangsvorschrift zum Bürgerlichen Gesetzbuch betr.

WBG. = Gesetz über die Benutzung des Wassers vom 28. 5. 1852.

WG. = Wassergesetz v. 23. 3. 1907.

A. Einleitung und Disposition.

Bei dem raschen Emporblühen von Gewerbe und Industrie und dem mächtigen Aufschwunge der Technik gegen Ende des 19. und zu Anfang des 20. Jahrhunderts haben sich in Deutschland die Wassergesetze allenthalben als veraltet erwiesen und das Bedürfnis nach einer zeitgemäßen Neugestaltung geweckt. Eine Reihe deutscher Staaten hat denn auch unter dem Drucke dieser neuzeitlichen Forderungen eine durchgreifende gesetzgeberische Tätigkeit auf dem Gebiete des Wasserrechts entfaltet. Unter andern[1]) hat insbesondere auch Bayern in dem Wassergesetze v. 23. 3. 1907 die wasserrechtlichen Verhältnisse in einer dem Geiste der Neuzeit entsprechenden Weise umgestaltet.

Besonderes Interesse beansprucht unter den Bestimmungen des neuen Gesetzes der Rechtssatz, welcher die öffentlichen Gewässer dem Eigentume des Staates unterstellt.[2]) War schon zu allen Zeiten die grundsätzliche Rechtslage dieser Gewässerart von einschneidender Bedeutung für das gesamte Wirtschaftsleben des Volkes, so muß sie gerade in einer Zeit, wo die vielseitigen Kräfte des Wassers mehr denn je erkannt und begehrt sind, doppelt schwer ins Gewicht fallen.

Nun läßt sich aber die kulturelle Bedeutung des erwähnten Satzes in ihrem vollen Umfange nur dann erfassen, wenn man sich über seine rechtliche Tragweite im einzelnen näher klar zu werden sucht. Diese Erkenntnis gibt der folgenden Darstellung ihren Zweck und Inhalt.

Gegenstand unserer Erörterung soll sein: Das Eigentum des Staates an den öffentlichen Gewässern, wie es sich auf der

---

[1]) So Baden, Württemberg und Hessen; Preußen und Sachsen haben Entwürfe ausgearbeitet.

[2]) Art. 2 WG.

Grundlage des neuen bayrischen Wassergesetzes darstellt. Im einzelnen werden dabei folgende Hauptfragen an uns herantreten:

1. Welches ist die rechtliche Natur des Staatseigentums, besitzt es zivilen oder öffentlichen Charakter?
2. Welches ist der Gegenstand des Gewässereigentums, d. h. ergreift das Eigentum am Gewässer lediglich den wasserbedeckten Boden (Gewässerbett) oder auch die darüber befindliche — stehende und fließende — Wassermenge?
3. Inwieweit ist bei dem öffentlichen Rechtscharakter der Gewässer das an ihnen bestehende Eigentum in seiner Entfaltung frei bezw. gebunden?
4. Wie entsteht das Eigentum und wie erlischt es?

Dementsprechend wird sich unsere Darstellung in vier Hauptteile gliedern, welche betitelt sind:

1. Hauptteil.
Die rechtliche Natur des staatlichen Eigentums an den öffentlichen Gewässern.

2. Hauptteil.
Der Gegenstand des staatlichen Eigentums an den öffentlichen Gewässern.

3. Hauptteil.
Freiheit und Gebundenheit des staatlichen Eigentums.

4. Hauptteil.
Entstehung und Untergang des staatlichen Eigentums an den öffentlichen Gewässern.

B. Abhandlung.

1. Hauptteil.

Die rechtliche Natur des staatlichen Eigentums an den öffentlichen Gewässern.

§ 1.

Das Eigentum an öffentlichen Sachen im allgemeinen.

Die öffentlichen Gewässer sind eine Spezies der öffentlichen Sachen. Es erscheint daher zweckdienlich, zunächst die Eigentumsverhältnisse der öffentlichen Sachen im allgemeinen einer näheren Betrachtung zu würdigen.

Unter öffentlichen Sachen versteht man solche bewegliche und unbewegliche Sachen, deren rechtliche Bestimmung es ist, unmittelbar den Zwecken der Allgemeinheit zu dienen.[1]) Diese Zweckbestimmung lehnt sich vielfach an die natürliche und wirtschaftliche Beschaffenheit einer Sache an, es kann aber auch eine Sache erst künstlich zu ihrer besonderen Bestimmung geschaffen und eingerichtet sein. Im letzten Grunde ist es freilich immer nur menschliche Willkür, welche einer Sache öffentlichen Charakter verleiht, sei es, daß die Öffentlichkeit einem besonderen Zwecksatzungsakte des Staates[2]) oder einem lange Zeit dauernden Zustande[3]) oder endlich einer gesetzlichen Bestimmung entspringt.[4]) Was aber solche Teile der unfreien Materie anlangt, die, wie das Meer oder die Luft, gleichsam von Natur aus öffentlichen Charakter tragen, so müssen diese aus dem Kreise unserer Betrachtungen ausscheiden, da es sich bei

---

[1]) Oertmann § 30 II, 3; Dernburg, Pand. Bd. 1 § 71 b.

[2]) vgl. Art. 4 WG.

[3]) Fall der sogen. unordentlichen Verjährung; vgl. Oertmann § 41; Dernburg, Pand. Bd. 1 § 160 und S. 10 u. 57 der Darst.

[4]) vgl. Art. 1 WG. und S. 54/55 der Darst.

ihnen um Sachen im strengen Sinne der Wissenschaft und des Bürgerlichen Gesetzbuches gar nicht handelt. Fehlt ihnen doch diejenige räumliche Abgrenzung, die zum Begriffe einer Sache als eines „körperlichen Gegenstandes" unerläßlich ist.[1])

Die Zweckbestimmung einer öffentlichen Sache kann in verschiedener Weise zur Geltung kommen: Die Sache dient entweder dem Staate zur Erfüllung seiner obrigkeitlichen Aufgaben, die dann wieder jedem einzelnen zugute kommen. Beispiele dieser Art öffentlicher Sachen sind Ratshäuser, Gerichtsgebäude, Gefängnisse. Oder aber die Sache ist unmittelbar dem allgemeinen Gebrauche hingegeben. Hierher gehören beispielsweise öffentliche Plätze, Wege und insbesondere auch die öffentlichen Gewässer.[2])

Zwischen den genannten Fällen besteht in der Hauptsache der Unterschied, daß bei der ersteren Art öffentlicher Sachen vorwiegend der Staat oder ein kommunaler Verband, bei der letzteren vorzugsweise die Destinatäre selbst die auf der Sache lastende Zweckbestimmung zur Verwirklichung bringen. Indes ginge die Annahme fehl, daß bei den Sachen im Gemeingebrauche jede staatliche Mithilfe an der Realisierung ihrer Zweckbestimmung ausgeschlossen wäre. Eine genaue Beobachtung zeigt vielmehr, daß auch bei dieser Art öffentlicher Sachen neben der Gebundenheit der Sache selbst stets eine zweckfördernde Tätigkeit des Staates einherläuft. Diese Erscheinung erklärt sich aus der allgemeinen Fürsorgepflicht des Staates gegenüber seinen Angehörigen, eine Pflicht, welche in der Zweckbestimmung einer Sache für die Allgemeinheit einen konkreten Anlaß zu ihrer Betätigung findet. Sie äußert sich regelmäßig in der Sorge für die Unterhaltung der öffentlichen Sache in einem ihrer Zweckbestimmung entsprechenden Zustande[3]) und in der polizeilichen Überwachung und Regelung des Gemeingebrauches.[4]) Mitunter kann die staatliche Tätigkeit sogar noch weiter ausgedehnt sein,

---

[1]) § 90 BGB.; Oertmann § 30 II; Pernice in der Berliner Festgabe für Dernburg 1900 S. 125 ff. und S. 22 der Darst.

[2]) Oertmann § 30 II, 3; Dernburg, Pand. Bd. 1 § 71.

[3]) vgl. Art. 91 ff. WG.

[4]) vgl. Art. 26 Abs. 1 Satz 2 WG.

indem sie geradezu eine positive Erschließung der in einer öffentlichen Sache enthaltenen Nutzungen zum allgemeinen Wohle in den Kreis ihrer Wirkung zieht. Letztere Erscheinung findet sich beispielsweise bei den öffentlichen Gewässern des bayrischen Wasserrechtes vor, wie an späterer Stelle näher gezeigt werden soll.[1]) Jedenfalls läßt sich als Regel feststellen: Die öffentliche Eigenschaft einer Sache erzeugt nicht nur eine an der Sache haftende Gebundenheit für ihren betreffenden Zweck, sondern stets auch eine Verpflichtung[2]) des Staates zur Mitwirkung an der Verwirklichung dieses Zweckes.

Es erklärt sich leicht, daß der Staat, soweit er Verpflichtungen in bezug auf die öffentlichen Sachen zu erfüllen hat, ohne weiteres auch in Ausübung entsprechender Rechte handelt. Legt man nun in dem Verhältnis des Staates zu den öffentlichen Sachen den Nachdruck mehr auf seine Rechts- als auf seine Pflichtstellung, dann rechtfertigt sich die mitunter vertretene Konstruktion, welche an öffentlichen Sachen ein privatrechtliches Eigentum ausschließt und durch ein öffentlichrechtliches des Staates ersetzt. Dies ist vor allem der Standpunkt des französischen Rechts, welches den Begriff des „domaine public" im Gegensatze zu dem gewöhnlichen Eigentume des Staates (dem „domaine de l'Etat") ausgebildet hat.[3]) Allein notwendig ist eine solche Konstruktion keineswegs. Sie wäre es nur dann, wenn die Annahme gerechtfertigt wäre, daß für ein privatrechtliches Eigentum neben den öffentlichen Rechten des Staates und der Gebundenheit der Sache selbst kein Raum wäre. Diese hauptsächlich bei dem sogen. Baseler Festungsstreite hervorgetretene und damals von Keller, Jhering und Eisele vertretene Ansicht kann jedoch heutzutage als überwunden gelten.[4]) Sie muß aber auch im allgemeinen und für die bayerischen Verhältnisse im besonderen mit aller Schärfe zurückgewiesen werden.

---

[1]) vgl. S. 41 der Darst.

[2]) Daß dieser Verpflichtung ein subjektives Recht entspräche, ist nicht erforderlich; vgl. Begr. S. 565 I; Harster-Cassimir Anm. 1 zu Art. 91 WG. und S. 51 der Darst.

[3]) Seydel Bd. 3 § 331 (S. 251).

[4]) Oertmann § 24 II, 2a; Dernburg, Pand. Bd. 1 § 71.

Wohl läßt sich nicht bestreiten, daß der öffentliche Charakter einer Sache ihr rechtliches Schicksal unlösbar an ihre Zweckbestimmung bindet, und daß daher private Rechte, die geeignet wären, diese Zweckbestimmung zu vereiteln, an der Sache keinen Boden fassen können. Allein ein solches Recht ist das Eigentum in privatrechtlichem Sinne nicht. Denn wenn es auch grundsätzlich eine unumschränkte Willkürherrschaft über Sachen zu seinem vornehmsten Inhalte hat, so tut es seinem begrifflichen Wesen doch keinerlei Eintrag, wenn diese Herrschaft von außen her eingeschränkt, ja fast völlig niedergehalten wird. Das Eigentum ist dann lediglich in seinen Wirkungen gehemmt. Sobald die hemmende Schranke beseitigt wird, tritt es jederzeit von selbst in seine frühere Rechtslage ein.[1]) Es kann aber auch nicht von Bedeutung sein, ob eine Beschränkung des Eigentums durch privatrechtliche Normen oder, wie bei öffentlichen Sachen, durch Bestimmungen des öffentlichen Rechts hervorgerufen wird. Entscheidend ist immer, daß eine Beschränkung des Eigentums begrifflich möglich ist, ohne Belang dagegen, woher die Beschränkung stammt. Im übrigen ist ja das Eigentum an öffentlichen Sachen keineswegs, wie vielfach behauptet wird, eine bloße nuda proprietas. Denn abgesehen davon, daß das Eigentum nach Wegfall der öffentlichen Rechtsnatur von selbst wieder in ungeschwächter Kraft hervortritt, vermag es sogar während des Bestehens der Öffentlichkeit wirksam zu werden, soweit dadurch der öffentliche Zweck der Sache keine Einbuße erleidet. So können beispielsweise die Erträgnisse der Obstbäume auf öffentlichen Straßen oder das auf Eisenbahndämmen wachsende Gras von den Eigentümern der erzeugenden Sache unbeschadet ihrer öffentlichen Zweckbestimmung in Anspruch genommen werden.[2])

Ebensowenig wie die Gebundenheit einer Sache für die Zwecke der Allgemeinheit können die hoheitlichen Rechte des Staates Bedenken gegen die Eigentumsfähigkeit der öffentlichen

---

[1]) Staudinger Bd. 3 Vorbem. z. 3. Abschn.

[2]) Oertmann § 30 II, 3; Bekker, Pand. § 78 (S. 340) Anm. p; vgl. auch S. 46ff. der Darst.

Sachen hervorrufen. Jene Rechte des Staates beschränken ja das Eigentum auf keinen Fall mehr, als es schon durch die Gebundenheit der Sache selbst eingeschränkt ist. Sie erstrecken sich strenggenommen nicht auf die Sache selbst, sondern lediglich auf die Realisierung ihrer Zweckbestimmung. Sie haben also eine ganz andere Angriffsfläche als die aus dem Eigentume entspringenden Befugnisse und können daher auch nicht leicht einen Widerstreit mit letzteren hervorrufen.

Die hier vertretene Auffassung über das Eigentum an öffentlichen Sachen findet ihre Bestätigung durch die rechtliche Entwicklung der öffentlichen Sachen in Bayern. Eine Ausnahme bildet hier nur die Pfalz, wo durch die Herrschaft des code civil das französischrechtliche domaine public Geltung erlangt hat.[1])

Für das altbayrische Gebiet[2]) kommt vor allem die Bestimmung des bayr. Landrechtes (II, 1 § 6) in Betracht, worin die „öffentlichen Gänge und Gassen" als etwas bezeichnet werden, „was einer ganzen ... Gemeinde eigen ist, jedoch dergestalt, daß sich jedes Mitglied von der Kommunität dessen gebrauchen kann". Und Kreittmayr kommentiert hierzu: „In sensu stricto bedeuten die res publicae solche Sachen, deren Eigentum zwar dem Staate, deren Gebrauch aber jedermann in der Welt zusteht". Freilich ist diese Bestimmung des bayr. Landrechtes durch Art. 1 AG. z. BGB. als privatrechtliche Norm, welche aus der Zeit vor der Erlassung der Verfassungsurkunde v. 26. 5. 1818 stammt, mangels eines besonderen Vorbehaltes beseitigt worden. Allein einmal leben die auf ihr beruhenden Eigentumsverhältnisse noch ungestört weiter, und dann ist mit Oertmann anzunehmen, daß Bayern mit der formellen Abschaffung der Vorschrift nicht auch den in ihr ausgesprochenen theoretischen Gedanken habe ändern wollen.[3])

Ebenso bezeichnend für die rechtliche Lage der öffentlichen Sachen in Bayern ist die Bestimmung des Grundsteuergesetzes v. 15. 8. 1828, welche in § 65 Abs. 3 besagt:

---

[1]) code civil art. 538.
[2]) Bl. f. adm. Pr. Bd. 20 S. 324.
[3]) Oertmann § 30 II, 3.

„Herrenlose und von niemand in Besitz und Eigentum angesprochene Gründe werden dem Staate zugeschrieben". [1])

Daraus geht notwendig hervor, daß auch dem Gemeingebrauche gewidmete Bodenflächen nicht herrenlos sein können, sondern immer einen Eigentümer haben müssen, sei es eine Privatperson oder in deren Ermanglung den Staat.

Schließlich sei auch noch auf die rechtsrheinische Gemeindeordnung hingewiesen, welche in Art. 26 das zu Gemeindezwecken dienende und zur allgemeinen Benützung bestimmte Gemeindegut als privates Eigentum der Gemeinde anerkennt.[2])

Die hier entwickelte Ansicht über die Eigentumsverhältnisse an öffentlichen Sachen wird auch von der Theorie und Praxis in Bayern allgemein geteilt und war auch im Gebiete des gemeinen Rechtes herrschende Auffassung. Ihre alleinige Bekämpfung durch v. Staudinger hat nirgends Beifall gefunden.[3])

Wir können demnach als Ergebnis unserer bisherigen Untersuchung die grundsätzliche Regel aufstellen, daß in Bayern die öffentlichen Sachen im privatrechtlichen Eigentume stehen, als solche den Grundsätzen des Privatrechtes unterliegen und nur soweit ihre Zweckbestimmung in Frage kommt, im öffentlichen Rechte ihre Regelung finden.

Was nun den Träger des Eigentums anlangt, so ist es an sich gleichgültig, ob dieser eine Privatperson oder der Staat bezw. eine sonstige öffentlichrechtliche Korporation ist. Im ersteren Falle sind die Beziehungen des Staates zu den öffentlichen Sachen rein öffentlichrechtlicher Natur und erschöpfen sich in den Pflichten und Rechten, welche die Zweckbestimmung im Gefolge hat. Im letzteren Falle treten neben die hoheitlichen Rechte des Staates die privatrechtlichen des Fiskus — d. i. des Staates in der ihm immanent zukommenden Eigenschaft als Träger von privaten Rechten und Pflichten —.[4]) Es

---

[1]) Bl. f. adm. Pr. Bd. 20 S. 323.

[2]) v. Kahr, Rechtsrh. GemO. zu Art. 26; Poezl 2. Aufl. S. 49.

[3]) Oertmann § 30 II, 3; Seydel Bd. 3 § 331 (S. 298); Entsch. d. Oberst. GH. Bd. 7 S. 53; EVGH. Bd. 25 S. 136; Bl. f. adm. Pr. Bd. 20 S. 324.

[4]) Oertmann § 23 I.

erklärt sich leicht, daß das letztere Verhältnis des Staates zu öffentlichen Sachen, in welchem sich seine hoheitlichen Befugnisse mit den privaten Rechten vereinen, vom praktischen Standpunkte betrachtet, das natürlichste und auch vorteilhafteste ist, vor allem deshalb, weil der Staat bei der Realisierung der Zweckbestimmung freier und unabhängiger gestellt ist und vielfach auch die privatrechtlichen Behelfe zur Erfüllung seiner öffentlichrechtlichen Verbindlichkeiten heranziehen kann. Das Bestreben des Staates, der Allgemeinheit öffentliche Sachen darzubieten, stellt diesen in der Regel sogar vor die Notwendigkeit, das Eigentum an den betreffenden Sachen zuerst förmlich für sich zu erwerben: nämlich in allen Fällen, in denen sich Privatpersonen dagegen verwahren, daß die ihnen gehörigen Sachen durch staatlichen Machtspruch zu öffentlichen erklärt werden. Würde hier der Staat dem — ausdrücklichen oder mutmaßlichen — Verbote des Eigentümers zuwider die fremde Sache zu einer öffentlichen erklären, dann würde dieser Zwecksetzungsakt jeder rechtlichen Grundlage entbehren und deshalb der Nichtigkeit verfallen.[1]) Da nun anzunehmen ist, daß die weitaus größte Zahl von Grundstückseigentümern sich einer Belastung ihres Eigentums zu öffentlichen Zwecken widersetzen wird, so läßt sich auch als Regel aufstellen, daß der Staat vor Einrichtung einer ihm nicht schon gehörigen Sache zu einer öffentlichen das Eigentum an ihr — nötigenfalls auf dem Wege der Zwangsenteignung — erwerben muß.

Ein Blick in das praktische Leben zeigt denn auch in der Tat, daß die öffentlichen Sachen in der Regel im Eigentume des Staates oder kommunaler Verbände stehen. Die weniger zahlreichen Fälle, in denen öffentliche Sachen sich im Eigentum von Privatpersonen befinden, rühren teils daher, daß eine Sache mit Zustimmung ihres Eigentümers zu einer öffentlichen erklärt wurde, teils gründen sie sich auf den Tatbestand der sogen. unvordenklichen Verjährung. Dieses Institut ist nämlich landesrechtlich auch fernerhin noch in Geltung, soweit das Gebiet des öffentlichen Rechtes und der vorbehaltenen Materien des

[1]) Oertmann § 93 IIb; Seydel Bd. 3 § 337 (S. 298); Bl. f. adm. Pr. Bd. 20 S. 325; EVGH. Bd. 4 S. 565, Bd. 5 S. 170.

Privatrechtes in Frage kommt.[1]) Der Tatbestand der unvordenklichen Verjährung hat ein doppeltes zur Voraussetzung:

1. Es muß der Zustand der öffentlichen Verwendung einer Sache lange Zeit ununterbrochen gedauert haben (in der Regel 40 Jahre) und diese Übung auch die eines Rechtes gewesen sein (positives Erfordernis).
2. Es darf keine sichere Kunde von einem anderen Zustande in der menschlichen Erinnerung leben (negatives Erfordernis). Alsdann begründet die Unvordenklichkeit die Vermutung, daß der Zustand seinerzeit rechtmäßig entstanden ist.[2]) Besonders häufig beruht die Öffentlichkeit im Privateigentum stehender Wege, Plätze, Durchgänge auf unvordenklicher Verjährung, doch spielt diese auch bei einer Reihe öffentlicher Gewässer, insbesondere den Seen, eine wichtige Rolle, wie später noch gezeigt werden soll.[3])

Das Endergebnis unserer Betrachtungen über die Eigentumsverhältnisse an den öffentlichen Sachen in Bayern können wir demnach in Kürze etwa folgendermaßen zusammenfassen:

Die öffentlichen Sachen in Bayern stehen ausnahmslos im privatrechtlichen Eigentume, als dessen Träger vorwiegend der Staat und kommunale Verbände, mitunter aber auch Privatpersonen erscheinen. Soweit an ihnen Eigentumsrechte bestehen, unterliegen sie wie gewöhnliche Sachen den Regeln des bürgerlichen Rechtes, soweit dagegen ihre Gebundenheit für öffentliche Zwecke in Frage kommt, entscheidet über sie ausschließlich das öffentliche Recht.

§ 2.

Das Eigentum an den öffentlichen Gewässern im besonderen.

Wie an den öffentlichen Sachen in Bayern im allgemeinen, so hat sich auch an den öffentlichen Gewässern im besonderen

---

[1]) Oertmann § 41; EG. z. BGB. Art. 4 und AG. z. BGB. Art. 1; Entsch. d. Oberst. GH. Bd. 12 S. 227.

[2]) Oertmann § 41; Dernburg, Pand. Bd. 1 § 160 (Rechtserzeugende Wirkung hat die unvordenkliche Verjährung nicht).

[3]) s. S. 57 der Darst.

ein privatrechtliches Eigentum entwickelt, als dessen Träger am Ende der moderne Staat erscheint.

Ein Rückblick auf die Geschichte der öffentlichen Gewässer im allgemeinen und für die bayerischen Verhältnisse im besonderen soll diesen Entwicklungsgang in seinen inneren Zusammenhängen sogleich näher vor Augen führen.

a) Schon dem römischen Rechte war der Begriff der öffentlichen Gewässer geläufig.[1])

Das entscheidende Merkmal für die Öffentlichkeit eines Wasserlaufes nach römischem Rechte lag darin, daß er ständig fließendes Wasser führte.[1]) Die Winterflüsse, die im Sommer austrockneten, zählten zu den privaten Wasserläufen. Zweifelhaft erscheint, ob alle ständig fließenden Gewässer als öffentliche galten oder nur diejenigen, welche eine gewisse Größe hatten und von den Umwohnern als öffentliche angesehen wurden. Für die letztere Annahme spricht die Bemerkung Ulpians in der l. 1 § 1 cit.: „flumen a rivo magnitudine discernendum est aut existimatione circumcolentium". Allein wenn auch der gewöhnliche Sprachgebrauch den „Bach" von dem „Flusse" unterschied, so kann doch unter flumen im rechtlichen Sinne unbedenklich auch der Bach (rivus) mitverstanden gewesen sein, und diese Annahme erscheint um so zutreffender, als die Römer besondere Rechtssätze für die Bäche nirgends aufgestellt haben.[2])

Was das eigentliche Wesen der Öffentlichkeit nach römischem Recht anlangt, so lag dieses darin, daß die öffentlichen Gewässer ausschließlich dem gemeinen Gebrauche des Publikums (usus pubicus) — zur Befriedigung der Lebensbedürfnisse, Bewässerung, Schiffahrt, Fischerei u. dgl.[3]) — freigegeben waren, als solche aus dem privatrechtlichen Verkehre (commercium) gänzlich aus-

---

[1]) l. 1 § 2, 3 de flumin. 43, 12: § 2. Item fluminum quaedam sunt perennia, quaedam torrentia; perenne est, quod semper fluat, ἀέννaος (perennis), torrens ὁ χειμάρρους (hieme fluens) . . . § 3. Fluminum quaedam publica sunt, quaedam non; publicum flumen esse Cassius definit, quod perenne sit.

[2]) Dernburg, Pand. Bd. 1 § 73 Note 2; Bekker, Pand. Bd. 1 § 78 Beil. III; Eymann Abt. I Vorbem.

[3]) l. 2—4 D. de rer. div. 1, 8.

schieden und ihre Regelung einzig in den Normen des öffentlichen Rechtes fanden.[1]) Sie gehörten wohl dem Staate,[2]) aber es war das lediglich ein Gehören in einem hoheitlichen, publizistischen Sinne, keineswegs ein Ausfluß eines dem Staate zukommenden privatrechtlichen Eigentums. Ein solches war an ihnen ebenso wenig denkbar wie ein anderes privates Recht. Durch diese Regelung hoben sich die öffentlichen Gewässer begrifflich scharf von den Privatgewässern ab, die als Bestandteile des Grund und Bodens den gewöhnlichen Bestimmungen des Privatrechtes unterlagen.[3]) Besonders geartet war auch der Rechtsschutz, der den öffentlichen Gewässern im römischen Rechte zuteil wurde. Während nämlich für die privaten Gewässer die gewöhnlichen zivilen Rechtsschutzmittel Anwendung fanden, galten für die öffentlichen die sogen. prätorischen Popularinterdikte, die nicht nur dem unmittelbar Verletzten, sondern jedem beliebigen Bürger zur Wahrung allgemeiner Interessen ein Klagerecht gewährten.[4])

b) Ähnlich wie im römischen Rechte lassen sich auch im deutschen schon frühzeitig öffentliche, d. h. für die Allgemeinheit bestimmte Wasserläufe von privaten unterscheiden. Die Entwicklung dieses begrifflichen Gegensatzes war durch die verschiedenartigen Rechtsverhältnisse an Grund und Boden bedingt. In der älteren Periode des deutschen Rechtes stand nämlich der Grund und Boden teils in dem gesamthänderischen Eigentume der zu einer Markgenossenschaft vereinigten Sippen und weiteren Stammesverbände, teils war er Allmende, d. h. solches Gebiet,

---

[1]) Dernburg, Pand. Bd. 1 § 73.

[2]) l. 1 pr. D. de interdictis 43, 1.

[3]) l. 1 § 12 D. de aqua 39, 3, l. 11 pr. D. quod vi aut clam, 43, 24; „portio agri videtur aqua viva"; Dernburg, Pand. Bd. 1 § 198, 1.

[4]) Ulpian l. 1 pr. D. de flumin. 43, 12: Ait Praetor: Ne quid in flumine publico ripave eius facias ne quid in flumine publico neve in ripa eius immittas quo statio iterve navigio deterior sit, fiat; — ferner Ulpian l. un. pr. D. ne quid in flumine 43, 13: Ait Praetor: In flumine publico inve ripa eius facere aut in id flumen ripamve eius immittere quo aliter aqua fluat quam priore aestate fluxit veto; — und Ulpian l. un. pr. D. ut in flumin. 43, 14: Praetor ait.: Quo minus illi in flumine publico navem ratem agere quove minus per ripam onerare exonerare liceat vim fieri veto. Vgl. auch Dernburg, Pand. Bd. 1 § 130.

das außerhalb privater Grenzen lag und dem Gebrauche jedermanns offenstand.[1]) Zur Allmende gehörten naturgemäß alle diejenigen Wasserläufe, die infolge ihrer räumlichen Ausdehnung und natürlichen Größe sich in die Eigentumssphäre der Markgenossen nicht einbeziehen ließen, zum Teil auch selbst als neutrale Grenzstreifen private Bezirke voneinander schieden.[2]) So erscheinen als Allmendgewässer im deutschen Rechte alle stromweise fließenden Wasserläufe, wie eine Stelle im Sachsenspiegel (II Art. 28 § 4) erkennen läßt, die lautet: „Svelk water strames vlit, dat is gemene to varene unde to vischene inne".[3])

Den Gegensatz zu den Allmendgewässern bildeten die kleineren in das Gebiet der „gemeinen Mark" einbezogenen Wasserläufe. Sie galten ähnlich wie die Privatgewässer der Römer als Zubehör zu Grund und Boden und unterstanden der gemeinschaftlichen, aber ausschließlichen Verfügung und Nutzung der Markgenossen.[3])

Mit der Verschiebung der Rechtsverhältnisse an Grund und Boden änderte sich auch die rechtliche Lage und die begriffliche Bedeutung der öffentlichen Gewässer. Mit fortschreitender Entwicklung wurde die Allmende in das Gesamteigentum der Markgenossen einbezogen oder aber — und hierin liegt das entscheidende Moment — zum Regal des Herrschers erklärt, wodurch das ursprünglich herrenlose Gebiet in das private Eigentum des Königs übertrat.[4]) So erscheint als Ausfluß des allgemeinen Allmendregals auch das Wasserregal, kraft dessen die schiffbaren Wasserläufe vom Könige zu Eigentum in Anspruch genommen wurden.[4]) Die gesetzliche Grundlage des Wasserregals bildet die Constitutio de Regalibus Friedrichs I. vom Jahre 1158, worin unter anderen Naturschätzen auch die „flumina navigabilia et ex quibus fiunt navigabilia" als Regal des Herrschers erklärt wurden.[5]) Daß gerade die Schiffbarkeit als kritisches

---

[1]) v. Amira, Germ. R. § 61.

[2]) v. Amira, Germ. R. § 61.

[3]) Harster-Cassimir Art. 26 Anm. 1; Eymann Abt. I Vorbem. I, 2 S. 160); Roth, Bayr. Zivilrecht 3. Teil § 282 Note 48.

[4]) v. Amira, Germ. R. § 61 (S. 120).

[5]) Roth, Bayr. Zivilrecht 3. Teil §§ 240, 282 Note 31 (Regalia sunt

Merkmal für den regalen Charakter eines Wasserlaufes auftaucht, erklärt sich leicht aus der Tatsache, daß die Regalerklärung in erster Linie fiskalischen Zwecken diente, und daß von diesem Gesichtspunkte betrachtet gerade die schiffbaren Flüsse als Wasserverkehrswege — vor allem mit Rücksicht auf die Erhebung von Abgaben aus Anlaß ihrer Benützung — eine besonders ergiebige Einnahmequelle darstellen mußten.

Die Regalerklärung der schiffbaren Wasserläufe erstreckte sich in ihrer Wirkung naturgemäß auf alle stromweise fließenden, also bisher zur Allmende gehörigen Gewässer und hatte nach strengem Rechte die Aufhebung aller früheren Gemeingebrauchbefugnisse zur Folge. Denn der König war ja nunmehr alleiniger und förmlicher Eigentümer und als solcher befugt, jedermann von einem Eingriff in seine Rechtssphäre auszuschließen.

Allein diese strengen aus der Eigentumsstellung des Königs sich ergebenden Rechtsfolgen ließen sich nur teilweise in die Wirklichkeit umsetzen. Der ehemalige Allmendcharakter der nunmehr regalen Gewässer war zu fest in dem Rechtsbewußtsein des Volkes eingelebt, als daß man ihn mit einem Schlage hätte beseitigen können. Dazu kam, daß die Constitutio de Regalibus ursprünglich nur für Italien erlassen und ihre Ausdehnung auf Deutschland nur lokal, wo es die Machtstellung des Kaisers Friedrich erlaubte, ausgesprochen wurde.[1]) Im übrigen war es den Regalherren in der Folge auch gar nicht darum zu tun, die äußersten Konsequenzen aus ihrer Rechtsstellung zu ziehen und alle Wassernutzungen der Allgemeinheit vorzuenthalten.

So kam es, daß die früheren Gebrauchsbefugnisse der Allgemeinheit trotz und neben dem königlichen Eigentume in beträchtlicher Zahl weiterbestanden und im Laufe der Zeit und bei der ununterbrochenen Übung den Charakter einer wirklichen Rechtsbetätigung annahmen. Dieser Zustand blieb dann auch bestehen, als das Wasserregal gleich anderen Regalien auf die

---

hec ... flumina navigabilia et ex quibus fiunt navigabilia, portus, repatica vectigalia que vulgo dicuntur tholonea, piscationum reditus).

[1]) Roth, Bayr. Zivilrecht 3. Teil §§ 282 Note 35, 242 Note 14; Harster-Cassimir Anm. 1 zu Art. 26.

Landesherren übertragen und in den einzelnen Landesrechten weiter und bestimmter ausgebildet wurde.

c) In diesem Stadium der Entwicklung befanden sich die öffentlichen Gewässer in Deutschland, als mit der Rezeption des römischen Rechtes der römische Begriff des flumen publicum in die deutschen Verhältnisse eindrang. Wie vielfach, so entspann sich auch hier ein hartnäckiger Kampf zwischen dem deutschen und römischen Rechte. Dabei behielt das einheimische Recht im wesentlichen die Oberhand. Denn auch nach der Rezeption des römischen Rechtes erscheint allgemein die Schiffbarkeit eines Wasserlaufes als kritisches Merkmal für seine Öffentlichkeit; ebenso sehen wir allenthalben die regalen Rechte der Landesherren an den öffentlichen Gewässern aufrechterhalten und weiter ausgebildet.[1])

Nur in einigen partikularen Rechtsgebieten hat sich der römische Begriff der öffentlichen Gewässer Eingang zu verschaffen gewußt. So vor allem in Württemberg und im Gebiete des sächsischen Rechtes, woselbst er sich in den Gesetzgebungen bis auf den heutigen Tag erhalten hat.[2])

d) Unter dem Einfluß der deutschrechtlichen durch das Wasserregal vermittelten Entwicklung stand denn auch die bayerische Gesetzgebung von 1852, als sie die Schiff- und Floßbarkeit eines Wasserlaufes zum Kriterium der Öffentlichkeit aufstellte und die öffentlichen Gewässer als „ein zur allgemeinen Benützung bestimmtes Staatsgut“ erklärte.[3]) Durch die letztere Bestimmung sollte, wie die Motive[4]) erkennen lassen, im Gegensatz zum römischen Rechte, das die öffentlichen Gewässer als Gemeingut (res publica) betrachtete, ein Staatseigentum geschaffen werden, wie es „unter dem Einfluß des mittelalterlichen Feudalwesens“ aufgekommen sei. Dieses sollte sich von den Domanialgütern lediglich dadurch unterscheiden, daß es für den

---

[1]) Bayr. Landrecht II Kap. I § 35; Preuß. Landrecht; code civil art. 538; österr. Gesetzbuch.

[2]) vgl. Harster-Cassimir Anm. 2 zu Art. 1 und sächsischen Entwurf.

[3]) Art. 1 u. 2 WBG.

[4]) Mot. S. 143.

allgemeinen Gebrauch bestimmt sei, während jene ihrem Inhaber zur freien Verfügung ständen.[1])

In der Tat haben denn auch Theorie und Praxis in Bayern, von einigen Ausnahmen abgesehen, aus der erwähnten Bestimmung des Wasserbenützungsgesetzes ein privates lediglich durch die öffentliche Zweckbestimmung beschränktes Eigentum des Staates hergeleitet. Bezeichnend ist hier die Auffassung Poezls, der in der ersten Auflage seines Kommentars ein förmliches privates Eigentum des Staates ablehnte, in der zweiten aber entschieden für ein solches eintrat.[2]) Auch Oertmann hat in der engeren Wahl zwischen einem privaten Wasserregal und einem wirklichen Eigentum des Staates sich für das letztere entschieden.[3]) Ebenso spricht auch der bayerische Verwaltungsgerichtshof in einer Entscheidung sich dahin aus, daß das staatliche Eigentum an den öffentlichen Flüssen keineswegs ein öffentlichrechtliches sei, sondern ein privatrechtliches, das dem öffentlichen Rechte nur nach seiner Zweckbestimmung angehöre.[4])

Damit ist aber auch die Natur des in Art. 2 des neuen WG. aufgestellten Eigentums gefunden. Es handelt sich hier um dieselbe Konstruktion, die bereits nach der bisherigen Rechtslage anerkannt war, wie denn auch der Korreferent v. Thelemann ausdrücklich erklärte, daß mit der neuen Bestimmung in Art. 2 WG. lediglich zum Ausdruck komme, was tatsächlich bereits Rechtens sei.[5]) Im übrigen ist ja nur einer Forderung der Gesetzestechnik genügt, wenn an die Stelle des farblosen und zweideutigen Wortes „Staatsgut" die klare und bestimmte Bezeichnung „Eigentum des Staates" getreten ist.

---

[1]) Wie Eymann (Abt. I Vorbem. Ziff. 4) aus den Motiven schließen will, daß der Gesetzgeber von 1852 den Gedanken eines wirklichen Staatseigentums von sich gewiesen habe, ist nicht recht einleuchtend. Die Zweckbestimmung der Gewässer beschränkt ja nur die Wirkung des Staatseigentums, ändert aber nichts an seinem begrifflichen Wesen.

[2]) Poezl 1. Aufl. S. 66, 2. Aufl. S. 49.

[3]) Oertmann § 95, 1.

[4]) EVGH. Bd. 25 S. 136; vgl. ferner Entsch. d. Oberst. GH. Bd. 7 S. 55, Bd. 13 S. 279; auch Roth 3. Teil § 284; Seydel Bd. 3 § 331; Meisner S. 184.

[5]) v. Thelemann, Korref. S. 8.

Der nunmehr gefundene Eigentumsbegriff kann aber wiederum kein anderer sein als derjenige, den das Bürgerliche Gesetzbuch festgelegt hat. Wohl ist in Art. 65 EG. z. BGB. der Landesgesetzgebung die Regelung der wasserrechtlichen Materie vorbehalten. Allein dieser Vorbehalt kann nicht auch die Ermächtigung in sich schließen, allgemeine durch Reichsgesetze geregelte Grundbegriffe des Privatrechts, wie beispielsweise den Eigentumsbegriff, für die vorbehaltene Materie umzugestalten. Denn vermöge ihrer ausschließlichen und erschöpfenden Regelung beanspruchen derartige Begriffe auf dem gesamten Gebiete des Privatrechts Geltung und lassen daher für eine Sonderbehandlung durch partikulare Gesetzgebung überhaupt keinen Raum mehr.[1])

Ein anderes ist es natürlich, wenn, wie bei den öffentlichen Sachen überhaupt, mit dem privaten Eigentum ein öffentlichrechtliches Moment kombiniert wird, das die Wirkung dieses Eigentums in mannigfacher Beziehung einschränkt. Dadurch wird ja, wie schon wiederholt ausgeführt, das Eigentum selbst in seinem begrifflichen Wesen nicht berührt.[2])

Als Endergebnis unserer Untersuchung über die Natur des staatlichen Eigentums an den öffentlichen Gewässern können wir demnach feststellen:

Das Eigentum des Staates an den öffentlichen Gewässern im Sinne des Art. 2 WG. entspricht durchaus dem gewöhnlichen im Bürgerlichen Gesetzbuche enthaltenen privatrechtlichen Begriffe und unterliegt daher in seiner rechtlichen Beurteilung auch durchweg den Bestimmungen des Privatrechts.

---

[1]) Teilweise abweichender Ansicht Eymann Einleitung § 19 a. E. und Abt. I Vorbem.

[2]) S. 16 Note 1 der Darst.

2. Hauptteil.

Der Gegenstand des staatlichen Eigentums an den öffentlichen Gewässern.

§ 3.

Allgemeines.

Das Eigentum im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches ist das Recht unumschränkter und ausschließlicher Herrschaft einer Person über eine Sache, ein Recht, kraft dessen sein Inhaber befugt ist, mit seiner Sache nach Belieben zu schalten und jedermann von einem Eingriff in diese auszuschließen.[1])

Man behauptet nun vielfach, eine solche umfassende Rechtsherrschaft sei an Flüssen, Seen, Kanälen und ähnlichen Gewässerarten begrifflich unmöglich, da einerseits die im Gewässer befindliche Wassermenge wegen ihrer Unfaßbarkeit und flüssigen Natur, andererseits aber auch der wasserbedeckte Boden wegen des darauf befindlichen Wassers einer tatsächlichen Beherrschung unzugänglich sei.[2]) Andere wieder halten zwar an der Möglichkeit eines Eigentums am Gewässerbett fest, verneinen indes die Eigentumsfähigkeit des darin befindlichen Wassers und lassen an ihm bestenfalls ein dingliches ausschließliches Benutzungs-[3]) oder ein bevorzugtes Aneignungs- und Gebrauchsrecht gelten.[4]) Wieder eine andere Theorie unterscheidet zwischen der einzelnen Wasserwelle und dem Gewässer in seiner Gesamtheit, verneint die Möglichkeit eines Eigentums an der einzelnen Welle, bejaht sie hingegen an dem Gewässer in seiner Gesamtheit.[5])

Angesichts dieser buntfarbigen Zahl von Meinungen über die Möglichkeit und Bedeutung eines Gewässereigentums erhebt sich die Frage, welche Auslegung die positive Bestimmung des

---

[1]) § 903 BGB.

[2]) Eymann Einleitung S. 3 u. Vorbem. zu Abt. I (S. 166 ff.).

[3]) Dittmann in Zeitschr. f. Rechtspfl. 1908 S. 5.

[4]) So Eymann Vorbem. zu Abt. I S. 168.

[5]) So Windscheid § 146, 6; Oertmann § 30 II, 1; ERG. Bd. 53 S. 98 und Harster-Cassimir Art. 2 Anm. 2; vgl. auch Bl. f. Rechtsw. 1908 S. 484/85.

Art. 2 WG. zu finden hat. So viel läßt sich zunächst mit Sicherheit behaupten, daß die Frage nach der Möglichkeit eines Eigentums am Gewässer durch die bestimmte Fassung des Art. 2 gegenstandslos geworden ist.[1]) Für sie war lediglich im alten Rechte Raum, wo an Stelle des Wortes „Eigentum" die zweideutige Bezeichnung „Staatsgut" stand.[2])

Es kann daher nach dem neuen Rechte lediglich die Frage Gegenstand der Erörterung werden, welche die Wirkung oder, was gleichbedeutend, den Gegenstand des am Gewässer begründeten Eigentums betrifft. Diese Frage soll denn auch allein im folgenden näherer Betrachtung gewürdigt werden.

§ 4.

Behandlung der Streitfrage.

Es ist auszugehen von der grundlegenden Rechtsnorm des Art. 2 WG., welche bestimmt, daß die öffentlichen Gewässer im Eigentume des Staates stehen. Unbestreitbar ist nach der klaren Ausdrucksweise und Fassung des Gesetzes das „Gewässer" als dasjenige Rechtsobjekt bezeichnet, an welchem das staatliche Eigentum begründet ist. Darnach läuft die Frage nach dem Gegenstande des Gewässereigentums im letzten Grunde auf eine Untersuchung und Klarstellung des Gewässerbegriffes hinaus.

Das bayr. Wassergesetz enthält keinerlei Definition dieses Begriffes, ebensowenig findet sich eine solche in anderen bayrischen Gesetzen, welche — wie etwa das Fischereigesetz[3]) — die wasserrechtliche Materie berühren. Auch das Bürgerliche Gesetzbuch, das in § 960 Abs. 1 von geschlossenen Privatgewässern spricht, läßt nähere Andeutungen über den Begriff des Gewässers vermissen. Es läßt sich daher sein begriffliches Wesen nur aus allgemeinen Betrachtungen und aus seiner konkreten Verwendung im Gesetze selbst ermitteln. So unter-

[1]) Bl. f. Rechtsw. 1908 S. 484 B.
[2]) Oertmann § 95, 1 (S. 403).
[3]) vgl. Fischereigesetz f. d. Königr. Bayern v. 15. 8. 1908 (GVBl. S. 527).

scheidet das Wassergesetz in grundlegender Einteilung öffentliche und private Gewässer[1]) und bezeichnet als erstere:

1. Flüsse und Flußteile, welche der Schiff- oder Floßfahrt dienen;[2])
2. die Nebenarme solcher Flüsse;[3])
3. die vom Staate errichteten Kanäle,[3]) wenn sie der Schiff- oder Floßfahrt eröffnet sind;
4. gewisse Seen;[3])
5. Flüsse und Flußteile, die früher einmal der Schiff- oder Floßfahrt gedient haben.[4])

Als Privatgewässer nennt es die geschlossenen Gewässer und die Privatflüsse und Bäche.[5]) Unter den geschlossenen versteht es wieder[6]):

1. die privaten Seen, Weiher (Teiche) und sonstigen oberirdischen Wasseransammlungen auf Grundstücken in Zisternen, Brunnen und anderen Behältern, in künstlich angelegten Wasserleitungen, Kanälen und Gräben;
2. die unterirdischen Wasseransammlungen;
3. die Quellen;
4. das Sammelwasser auf Grundstücken.

Unter Privatflüssen und Bächen versteht das Gesetz alle Flüsse und Bäche, die nicht der Schiff- oder Floßfahrt dienen.[7])

Nach den hier aufgezählten Gewässerarten erscheint uns als der generelle Gewässerbegriff die neue Einheit, die dadurch entsteht, daß eine Wassermenge zu einem bestimmten oder bestimmbaren Teil der Erdoberfläche in unmittelbar räumliche Beziehungen tritt. Also das Wasser sowohl wie der wasserbedeckte Grund und Boden sind unerläßliche Bestandteile des neuen Ganzen. Demnach ist es verfehlt, eine Wassermenge als solche, d. h. losgelöst von ihren Beziehungen zu Grund und

---

[1]) WG. Abt. I Abschn. I u. II.
[2]) WG. Art. 1 Abs. 1.
[3]) Art. 1 Abs. 2.
[4]) Art. 3 ebenda.
[5]) Abt. I Abschn. II Titel 1 u. 2.
[6]) Art. 16 ebenda.
[7]) Art. 21 ebenda.

Boden, als Gewässer zu bezeichnen. Abzulehnen ist aber auch die von Eymann vertretene Ansicht, wonach „unter Gewässer lediglich derjenige Teil der Erdoberfläche zu verstehen sei, welcher das Behältnis für das fließende Wasser bildet einschließlich des Raumes, den es einschließt bezw. der sich über ihm erhebt".[1]) Diese Auffassung Eymanns verstößt einmal gegen die Anschauung des gewöhnlichen Lebens, welche das Wasser stets als den vornehmsten Teil eines Gewässers betrachtet, wie es ja auch dem Ganzen seine typische Benennung gibt. Die Eymannsche Ansicht setzt sich aber auch in Widerspruch mit Art. 16 WG., worin ausdrücklich das Wasser als ein Bestandteil des Gewässerganzen erklärt ist.[2]) Was aber von den in Art. 16 aufgezählten Gewässerarten zu sagen ist, gilt in gleicher Weise auch von anderen Gewässerarten, da der Begriff der „Gewässer" nur einheitlicher, nicht dualistischer Natur sein kann.

Für die Richtigkeit unserer und für die Unhaltbarkeit der Eymannschen Ansicht sprechen im übrigen:

1. die Auffassung des Reichsgerichts, das ausgesprochen hat[3]): „Jedes dauernd fließende Gewässer besteht aus drei wesentlichen und notwendigen Bestandteilen: dem fließenden Wasser, dem Bette, worin dasselbe sich bewegt, und den Ufern. Diese Bestandteile zusammen bilden ein integrierendes, je nach Größe ‚Strom' oder ‚Fluß' oder ‚Bach' genanntes Ganze";
2. die Ansicht Brenners, welcher bemerkt: „Das Gewässer besteht aus der vom Wasser bedeckten Bodenfläche, dem Bette und aus dem darüber befindlichen Wasser, dem Flußschlauche";[4])
3. die Auffassung Baumerts, der sagt: „Ein Wasserlauf ohne Wasser ist doch kein Wasserlauf und ein Eigentum an einem Wasserlaufe ohne das Wasser ist nimmer-

---

[1]) Eymann Vorbem. zu Titel 2 S. 325/26; vgl. auch Art. 1 Anm. 3 (S. 176).

[2]) Art. 16 WG.

[3]) ERG. Bd. 3 S. 33.

[4]) Brenner Art. 2 Note II (S. 32).

mehr ein Eigentum an einem Wasserlaufe, sondern höchstens ein Eigentum an einem Wasserbette".[1])

Nachdem somit feststeht, daß das Gewässer ein aus Wasser und Grund und Boden bestehendes Ganze darstellt, ist die rechtliche Natur dieser neuen Einheit näher zu untersuchen: Da sowohl das Wasser wie der von ihm bedeckte Teil der Erdoberfläche Stücke der unfreien Natur sind, kann es sich lediglich darum handeln, ob Wasser und Boden in ihrer Zusammensetzung zu der neuen Einheit Sachnatur besitzen oder nicht. Denn einerseits sind nur Sachen im Rechtssinne fähig, Gegenstand von Eigentumsrechten zu werden, andererseits sind aber auch alle Sachen im Rechtssinne geeignet, einer umfassenden Rechtsherrschaft unterworfen zu werden. Die sogen. res omnium communes, die aus natürlichen Gründen sich jeder Sonderherrschaft entziehen und deshalb notwendig Gemeingut aller sind, haben hierbei völlig auszuscheiden, da sie, wie schon oben ausgeführt, gar nicht unter den Begriff der Sache in der wahren Bedeutung des Wortes fallen.[2])

Der Sachbegriff beurteilt sich ausschließlich nach der Auffassung des Bügerlichen Gesetzbuches, das diesen Begriff erschöpfend für das gesamte Gebiet des Privatrechtes geregelt hat.[3]) Darnach gelten als Sachen nur körperliche Gegenstände, das sind Stücke der unfreien, vernunftlosen Natur.[4]) Ohne Belang für die Körperlichkeit ist es, ob der Stoff, aus dem diese Stücke bestehen, fest, flüssig oder luftförmig ist.[5]) Stets aber müssen solche Stücke von anderen räumlich abgegrenzt, kürzer gesagt, individualisiert sein. Diese Abgrenzung kann sich sowohl in reeller wie in ideeller Weise vollziehen. Betrachten wir den Grund und Boden in seiner weiteren Ausdehnung über die Erdoberfläche, dann erhellt ohne weiteres, daß hier von einer Sache im Rechtssinne nicht gesprochen werden kann. Fehlt es doch an jeder für den Sachbegriff unerläßlichen Indi-

---

[1]) Baumert im Dekret an die Stände S. 46.
[2]) s. S. 4 der Darst. (Note 1).
[3]) §§ 90ff. BGB. und S. 17 der Darst.
[4]) § 90 BGB.
[5]) Männer, Grundstücksrecht § 4.

vidualisierung. Diese kann indes jederzeit dadurch erreicht werden, daß man mittels mathematischer Linien und zum Erdmittelpunkt gelegter Flächen einen beliebigen Teil aus dem unbegrenzten Boden ausscheidet. Ein solcher, wie die Motive[1]) sagen, räumlich abgegrenzter, d. h. von einer in sich zurücklaufenden Grenzlinie umschlossener Flächenabschnitt ist dann eine Sache, und zwar eine unbewegliche, die nach dem Sprachgebrauche des Bürgerlichen Gesetzbuches den Namen „Grundstück“ führt.[2])

Was das Wasser anlangt, so kann dieses nach den oben dargelegten Regeln ebensogut wie ein fester Stoff Körperlichkeit annehmen und dadurch zu einer Sache im Rechtssinne werden. Die räumliche Abgrenzung läßt sich hier im Gegensatz zu dem unbeweglichen Grund und Boden, der nur eine ideelle Scheidung ermöglicht, in reeller und ideeller Weise vollziehen. Ersteres ist beispielsweise der Fall, wenn Wassermengen in Behältern, Gefäßen und anderen beweglichen Gegenständen eingeschlossen werden, letzteres, wenn bei einem Adjazentenflusse eine durch die Mitte des Flusses gelegte Vertikalebene die Wassermasse in zwei getrennte Hälften scheidet.[3])

Betrachten wir unter den hier entwickelten Gesichtspunkten das Wasser und den Grund und Boden eines Gewässers, dann kommen wir zu folgendem Ergebnisse:

Die Tatsache, daß eine Wassermenge sich mit einem Teile der Erdoberfläche zu einem Strome, Flusse, See u. dgl. dauernd vereinigt, bedeutet zunächst eine gegenseitige und beiderseitige Individualisierung des Wassers wie des unbeweglichen Bodens. Denn einerseits ist der mit Wasser bedeckte Boden durch die Uferlinien, welche durch den mittleren Wasserstand festgelegt sind,[4]) gegen andere Teile der Erdoberfläche räumlich abgegrenzt; andererseits nimmt aber auch die Wassermenge — stehende wie fließende — infolge der natürlichen und dauernden Vertiefung des Bodens eine körperlich geschlossene Gestalt an. Die

[1]) Mot. z. BGB. Bd. 3 S. 48.
[2]) §§ 94, 95, 96, 98, 837 ff. BGB.
[3]) Art. 21 Abs. 2 Ziff. 1 WG.
[4]) Art. 6 WG.

Folge hiervon ist, daß sowohl der wasserbedeckte Teil der Erdoberfläche einschließlich der Uferwände wie die Wassermenge selbst die Natur von Sachen im Rechtssinne annimmt. Soweit nun aber das Wasser mit dem unbeweglichen Grund und Boden eine räumliche Verbindung zu einem Gewässer eingeht, verschwindet es als selbständige Sache und wird zu einem Bestandteil des von ihm beflossenen Teiles der Erdoberfläche.[1])

Hieraus folgt aber unmittelbar, daß ein Gewässer nichts anderes sein kann als ein Grundstück, das zu seinem Bestandteil eine Wassermenge aufgenommen hat, und das man daher nach dem Vorgang v. Henles treffend ein „Wassergrundstück" nennen kann.[2]) Dem hier gewonnenen Ergebnisse entspricht im wesentlichen, was Harster-Cassimir in Anm. 2 Art. 2 ausführt:

„Es erübrigt noch, nachzuweisen, daß auch die Gesamtwassermenge räumlich begrenzt ist. Diese Grenzen sind gegeben beim öffentlichen Flusse, beim Staatsprivatflusse und beim Privatflusse, der nicht den Ufereigentümern als solchen gehört, durch die Uferlinien oder Ufergrundstücksgrenzen, bei den übrigen Privatflüssen oder Bächen durch die Flußmittellinie und durch Senkrechte, die auf diese von den Grenzen der Ufergrundstücke aus gezogen werden, oder richtiger durch senkrecht durch alle diese Linien gelegten Ebenen. Das ermöglicht allerdings noch die Bestimmung des der Herrschaft der Eigentümer unterworfenen Wasserquantums, aber dessen bedarf es auch nicht. Die Begrenzung, die jederzeit festgestellt werden kann, genügt, um das Flußbett mit der darüber hinströmenden Wassermenge als körperlichen Gegenstand, also als Sache im Rechtssinne erscheinen zu lassen."

Im Sinne der hier vertretenen Auffassung äußern sich auch Aström[3]):

„Das Bett und das Wasser machen zusammen das Grundstück aus"

---

[1]) §§ 94, 946 BGB.

[2]) v. Henle im Ausschusse der RR.-Kammer (IV. Prot. S. 4).

[3]) Aström S. 11.

und Hager[1]):

„Der Fluß als Ganzes kann wohl als ein Grundstück aufgefaßt werden".

§ 5.

Lösung der Frage.

Aus dem von uns festgestellten Gewässerbegriffe ergibt sich für die Eigentumsfrage folgende Lösung: Die rechtliche Bedeutung der Sacheigenschaft eines Gegenstandes äußert sich u. a. darin, daß ein an der Sache begründetes Rechtsverhältnis ihre sämtlichen Teile gleichmäßig ergreift und für eine besondere Rechtslage einzelner Teile grundsätzlich keinen Raum läßt. Nur sogen. unwesentliche Bestandteile, das sind solche Bestandteile, die sich voneinander trennen lassen, ohne daß der eine oder der andere zerstört oder in seinem Wesen verändert wird, können Gegenstand besonderer Rechte werden.[2]) Nun ist aber das Wasser eines Gewässers, wie oben[3]) ausführlich festgestellt, ein wesentlicher und notwendiger Bestandteil des Wassergrundstücks. Besteht daher ein Eigentum am Gewässer, dann muß es notwendig auch dessen wesentliche Bestandteile, also auch das Wasser, ergreifen. Ein Eigentum über das Ganze, das sich nicht auf die Teile erstreckt, ist, wie Tuma[4]) sagt, logisch unmöglich. Das gleiche gilt natürlich auch von der Wassermasse und ihren Teilen bis herab zu den Wellen. Auch sie werden ausnahmslos als wesentliche Bestandteile der Gewässereinheit von dem an ihr bestehenden Eigentume miterfaßt.

§ 6.

Widerlegung entgegengesetzter Theorien.

Mit der sachlichen Einheit des Wassergrundstückes ist die Annahme unverträglich, daß ein am Gewässer begründetes Eigen-

---

[1]) Hager S. 21.

[2]) § 93 BGB.

[3]) S. 20 der Darst.; ferner die auf S. 21 zit. ERG. Bd. 3 S. 33.

[4]) Tuma in Zeitschr. f. Rechtspfl. 1908 S. 287.

tum sich lediglich auf das Gewässerbett erstrecke, hinsichtlich des Wassers aber die Bedeutung eines dinglichen Benutzungs- oder bevorzugten Aneignungs- und Gebrauchsrechtes annehme.[1]) Ebenso unzulässig ist es aber aus dem gleichen Grunde, ein Eigentum lediglich an der Wassermasse oder dem Gewässer in seiner Gesamtheit anzuerkennen, die einzelnen Teile dagegen (Wellen) für herrenlos zu erklären.[1])

Aber auch abgesehen von ihrer Unverträglichkeit mit der sachlichen Einheit des Wassergrundstücks sind die soeben erwähnten Auffassungen im allgemeinen wie für das bayrische Wasserrecht im besonderen zurückzuweisen.

1. Was gleich die letztere Ansicht betrifft, welche zwischen der einzelnen Welle und dem Wasser oder Gewässer in seiner Gesamtheit unterscheidet, so geht sie in ihrer Entstehung auf das römische Recht zurück, nach welchem grundsätzlich das fließende Wasser — aqua profluens — von den Gegenständen des Privatverkehrs ausgeschlossen und zu einer res omnium communis erklärt war.[2]) Nun hat aber das römische Recht selbst diese grundsätzliche Regel durch die Anerkennung von im Eigentum stehenden Privatflüssen durchbrochen.[3]) Man war daher in der gemeinrechtlichen Literatur eifrig bemüht, eine Formel ausfindig zu machen, durch welche dieser leidige Widerspruch beseitigt würde, und verfiel dabei auf die Unterscheidung zwischen der einzelnen Wasserwelle und dem Gewässer in seiner Gesamtheit. Erstere sei herrenlos, letztere stünde im Eigentume.[3]) Nun ist aber der erwähnte römischrechtliche Satz von der Herrenlosigkeit der aqua pro fluens dem deutschen Wasserrechte durchaus fremd geblieben. „Denn es ist zweifelhaft," sagt Roth,[4]) „ob der erwähnte Rechtssatz in dem neueren Rechte überhaupt noch anwendbar sei. Dem älteren deutschen Rechte war er nicht bekannt, dieses betrachtete vielmehr den Wasserlauf der kleineren Flüsse als Pertinenz des Grundstückes, und

---

[1]) s. oben S. 18 der Darst.
[2]) l. 2 § 1 D. de div. rev. 1, 8.
[3]) l. 1 § 2, 3 de flumin. 43, 12.
[4]) Roth Teil 3 § 282 Note 42—50; Windscheid § 146, 6.

ebenso wurde durch die Regalerklärung der Wasserlauf der öffentlichen Flüsse öffentliches Eigentum."

Darnach erscheint es unstatthaft, eine für das römische Wasserrecht entschiedene Streitfrage auf die ganz andersartigen Verhältnisse im deutschen Rechte anwenden zu wollen. Aber selbst wenn die Voraussetzungen für eine sinngemäße Anwendung gegeben wären, so müßte die erwähnte Ansicht um ihrer selbst willen zurückgewiesen werden. Ist es doch logisch durchaus unhaltbar, bei einer einheitlichen Sache das rechtliche Schicksal der Teile von dem des Ganzen, d. i. der Summe aller Teile, begrifflich trennen zu wollen. Wäre diese Unterscheidung richtig, dann müßte nach Wegfall sämtlicher Teile immer noch ein Ganzes vorhanden sein, da ja dessen Schicksal unabhängig von dem der Teile existiert. Wäre diese Unterscheidung richtig, dann müßte auch nach Entfernung sämtlicher herrenloser Wasserwellen immer noch eine Wassermasse oder ein Gewässer im ganzen als Gegenstand des Eigentums vorhanden sein. Denn die Entfernung der herrenlosen Teile wäre dann nicht imstande, die im Eigentum stehende Wassermasse zu beeinträchtigen. Aber was ist dieses „Ganze", das nach Wegnahme aller Teile verbleibt? Ein leeres Nichts, Rauch, Schall!!! Mit Recht weist denn auch Kreittmayr die Unterscheidung zwischen dem Flusse und dem fließenden Wasser als eine metaphysische Abstraktion zurück, „die über sein captum gehe und bald eben so fein sei als jene, da man das totum a partibus etiam simul sumtis zu distinguieren wisse".[1]) Auch Frank[2]) verwirft diese Unterscheidung, indem er ausführt, daß es eine mit den natürlichen Verhältnissen in Widerspruch stehende Fiktion sei, wenn man zwischen fließender Welle und stehender Wassersäule unterscheide und auf diesen abstrakten Vorstellungen, denen in Wirklichkeit nichts Reales entspräche, juristische Begriffe aufbaue.

Gleichwohl hat diese scholastische Unterscheidung nach dem

---

[1]) Kreittmayr Anm. 4 Landrecht II, 1, 5; dazu Roth Teil 3 § 282 Note 50.

[2]) Frank im Dekret an die Stände S. 46/47.

Vorgehen Windscheids[1]) auch in der neuen Literatur Anhang gefunden,[2]) ist sogar vom Reichsgericht[3]) in einer Entscheidung gebilligt worden und verspricht, wie § 9 des Entwurfes zum neuen preuß. Wassergesetz erkennen läßt, dereinst positive Rechtsnorm zu werden.[4]) Um so entschiedener ist allerdings diese Unterscheidung im § 93 BGB. verworfen.

2. Was die andere Auffassung betrifft, welche das Eigentum an der im Gewässer enthaltenen Wassermenge nur unter dem Gesichtspunkte eines dinglichen Benutzungs- oder bevorzugten Aneignungs- und Gebrauchsrechtes gelten lassen will, so stützt sich diese im wesentlichen auf die von ihr behauptete Tatsache, daß an dem Wasser eines Gewässers eine tatsächliche Gewalt unmöglich sei, ein Eigentum aber begrifflich nur so weit reichen könne, als ein Besitz an der betreffenden Sache möglich sei.[5]) Die Richtigkeit der letzten Behauptung zugegeben, fragt es sich, ob wirklich das stehende oder fließende Wasser eines Gewässers sich der tatsächlichen Herrschaft entzieht. Maßgebend für den Besitzbegriff ist die Auffassung des Bürgerlichen Gesetzbuches, wonach der Besitz in der tatsächlichen Gewalt über eine Sache besteht.[6]) Was unter tatsächlicher Gewalt zu verstehen sei, ist im Gesetze nicht näher erläutert. Staudinger[7]) bemerkt hierzu:

„Das maßgebende Kriterium soll darin liegen, ob der Besitzer imstande ist, Dritte von seinem Machtbereich auszuschließen. Dies ist aber nicht eng körperlich zu verstehen, weshalb die

---

[1]) Windscheid § 146, 6.

[2]) So bei Oertmann § 30 II, 1 und Harster-Cassimir Anm. 2 zu Art. 2 WG.

[3]) ERG. Bd. 53 S. 99. Diese Entscheidung steht übrigens im Widerspruch zu der in Bd. 3 S. 33 vertretenen Auffassung, daß „die vom Gesetze dem Strome, Flusse oder Bache beigelegte Eigenschaft allen Bestandteilen derselben beiwohnt". Ein solcher Bestandteil ist, wie die Entsch. in Bd. 3 S. 33 ausführt, auch das Wasser und seine Teile. Diese können daher auch nicht, wie die Entsch. Bd. 53 S. 99 ausführt, herrenlos sein.

[4]) § 9: „Das Eigentum am Wasserlaufe erstreckt sich nicht auf die fließende Welle".

[5]) Eymann, Vorbem. zu Abt. I S. 165.

[6]) § 854 BGB.

[7]) Staudinger zu § 854 BGB.

Ausdrücke ‚Innehabung' und ‚Gewahrsam' absichtlich vermieden wurden. Vielmehr ist es aufzufassen im weiteren Sinne nach den Anschauungen des Lebens und des Verkehrs unter freier Würdigung der verschiedenen Tatbestände. Der Begriff ist zugleich flüssig und wandelbar. Je weiter unsere Kultur und Verkehrsmittel fortschreiten, um so mehr wird das früher engere Band zwischen Besitzer und Sache gelockert und gewissermaßen vergeistigt. Der Natur der Sache nach ist übrigens der Begriff bei Mobilien enger zu nehmen als bei Immobilien. Man kann daher hier von einem idealisierten Gewaltbegriffe sprechen".

Nach den soeben entwickelten Gesichtspunkten beurteilt sich die Besitzfähigkeit des in einem Gewässer enthaltenen Wassers folgendermaßen:

Undenkbar ist ein enges körperliches Gewaltverhältnis im Sinne eines Taschen- oder Kisten- und Kastengewahrsams. Ein derartiges Verhältnis läßt sich lediglich an solchen Wassermengen begründen, die in Gefäßen, Behältnissen und ähnlichen beweglichen Gegenständen aufgefangen und dadurch selbst zu Sachen im Rechtssinne geworden sind. Nun ist aber das Wasser eines Gewässers, wie oben ausführlich erörtert, nicht als Sache für sich, sondern als Bestandteil des wasserbedeckten Grund und Bodens, des sogen. Wassergrundstückes, aufzufassen.[1]) Demgemäß wird der Besitz am Wasser auch im wesentlichen unter denselben äußeren Erscheinungsformen wie der Besitz am Grund und Boden zum Ausdrucke kommen, d. h. nicht in dem engen körperlichen Sinne wie bei Mobilien, sondern in der freieren Form des „idealisierten" Gewaltbegriffes, wie bei Immobilien.

Grundstücke werden beispielsweise besessen dadurch, daß man sie ringsum einfriedigt, auf ihnen wohnt oder in sonstiger Weise seinen Aufenthalt nimmt.[2]) Alle diese Formen des Besitzes lassen sich sinngemäß auch an der Wassermenge eines Gewässers verwirklichen.

Wie ich mein Grundstück nach allen Seiten abschließen kann, so ist es mir ebensogut möglich, längs der Ufer meines

---

[1]) S. 24 der Darst.

[2]) Dernburg, Pand. Bd. 1 § 169.

Gewässers hemmende Schranken aufzurichten, durch die ich jedem Dritten den Zugang zum Gewässer verschließe. Damit übe ich aber tatsächlich Gewalt nicht etwa nur am wasserbedeckten Boden, sondern in erster Linie am Wasser des Gewässers selbst. Denn gerade das Wasser ist ja derjenige Teil des Wassergrundstücks, welcher der Natur der Sache nach physischen Zugriffen zuerst und zunächst preisgegeben ist. Wie ich ferner auf Grundstücken sitze oder wohne, so kann ich auch auf dem Wasser eines Gewässers meinen dauernden oder vorübergehenden Aufenthalt nehmen. So kann ich beispielsweise das Wasser von Flüssen und Seen mit Schiffen befahren, ja sogar auf ihnen in verankerten Schiffen meinen dauernden Wohnsitz beziehen. Beide dem Alltagsleben entnommene Beispiele bringen in sinnfälliger Weise ein tatsächliches Gewaltverhältnis am Gewässer, insbesondere an der in ihm enthaltenen Wassermenge zum Ausdruck.

Aber auch ein enges körperliches Gewaltverhältnis, wie bei Mobilien, läßt sich bis zu einem gewissen Grade am Wasser eines Gewässers verwirklichen. So ist es heutzutage dank der großartigen Fortschritte der Technik möglich, die Wassermenge ganzer Flüsse durch mächtige Stauanlagen körperlich zu fassen, ihren Lauf in künstliche Bahnen zu zwingen und die in ihr schlummernden Kräfte durch Anlagen aller Art dem Nutzen der Menschheit dienstbar zu machen. Alle diese Einwirkungen auf das Wasser sind aber nichts anderes als Akte tatsächlicher Gewalt, Erscheinungsformen des Wasserbesitzes.

Das somit gewonnene Ergebnis über die Besitzfähigkeit des in Gewässern befindlichen Wassers gilt in gleicher Weise für stehende wie fließende Gewässer. Wohl befindet sich bei letzteren die Wassermenge in ständiger Bewegung und verweilt nicht dauernd in dem Machtbereiche ihres Besitzers. Das tut aber ihrer Besitzfähigkeit noch keinen Eintrag. Denn mit dem Abflusse des Wassers ist unausgesetzt ein neuer Zufluß, mit dem Gehen ein stetes Kommen verknüpft. So ist denn trotz des wechselnden Spieles stets eine nach Form, Größe, wirtschaftlicher Beschaffenheit und natürlicher Eigenart sich gleichbleibende Wassermenge im Gewässer vorhanden. Immer sehen wir dasselbe typische Herrschaftsobjekt, auch wenn sein stofflicher In-

halt eine unausgesetzte Wandlung und Wiedererneuerung erfährt. Eben diese über allen Wechsel erhabene Identität der Form wie der physischen und wirtschaftlichen Beschaffenheit der Wassersubstanz verbürgen die Möglichkeit einer fortdauernden und gleichmäßigen Wirkung des am Wasser einmal begründeten Gewaltverhältnisses. Wollte man übrigens aus dem Wechsel der stofflichen Bestandteile des Flußwassers einen Grund für seine Besitzunfähigkeit herleiten, dann müßte man mit dem gleichen Rechte bei einer großen Zahl von Sachen, streng genommen bei allen, den Hebel des Zweifels ansetzen. So weisen z. B. alle pflanzlichen und tierischen Organismen eine fortwährende Veränderung ihrer Substanz auf,[1]) eine Erscheinung, derer wir uns nur deshalb weniger bewußt werden, weil sie sich nicht in der sinnfälligen Weise wie die Wiedererneuerung des Wassers vollzieht. Ja im letzten Grunde wechseln sogar die anorganischen Stücke der Materie unausgesetzt, wenn auch der sinnlichen Wahrnehmung entrückt, ihre stofflichen Teile, und das Ding von heute ist nicht mehr das von gestern; denn *πάντα ῥεῖ*. Es leuchtet ein, daß die Ausbeutung dieser Erkenntnis für die Lösung der Besitzfrage zu unerträglichen und daher unverwendbaren Ergebnissen führen müßte. Tatsächlich ist denn auch die Möglichkeit des Besitzes an einer Sache von dem Wechsel ihres stofflichen Inhaltes unabhängig, vorausgesetzt freilich, daß bei diesem Wechsel die Sache stets in ihrer natürlichen und wirtschaftlichen Eigenart, kurz gesagt, Individualität erhalten bleibt. Das ist aber, wie oben gezeigt, bei der fließenden Wassermasse eines Gewässers durchaus der Fall.

Mit dieser Erkenntnis ist das Urteil über diejenige Ansicht gesprochen, welche aus der Besitzunfähigkeit des in Gewässern fließenden Wassers einen Beweisgrund für seine Eigentumsunfähigkeit herleiten will.

---

[1]) Huber S. 17ff.; Harster-Cassimir Anm. 1 zu Art. 2 WG.

§ 7.

Probe für die Richtigkeit unseres Ergebnisses.

Daß dem bayrischen Gesetzgeber die Eigentumsfähigkeit des in stehenden wie fließenden Gewässern befindlichen Wassers nichts Fremdes ist, läßt sich unmittelbar aus der Regelung der Eigentumsverhältnisse an den Privatgewässern erkennen.

So bestimmt das Gesetz über das Eigentum am Wasser der geschlossenen Gewässer folgendes[1]):

> Soweit nicht andere Rechtsverhältnisse bestehen, erstreckt sich das Eigentumsrecht an einem Grundstücke auf das Wasser, welches
>
> 1. auf dem Grundstück in Seen, Weihern (Teichen), Zisternen, Brunnen und anderen Behältern, in künstlich angelegten Wasserleitungen, Kanälen und Gräben sich befindet;
> 2. auf dem Grundstück unterirdisch vorhanden ist (Grundwasser);
> 3. darauf entspringt (Quelle) oder sich natürlich sammelt, solange es von dem Grundstücke nicht abgeflossen ist.

Deutlicher als in der hier geschehenen Weise kann ein Gesetzgeber kaum zum Ausdruck bringen, daß das Eigentum am Gewässer nicht nur das wasserbedeckte Bett, sondern vor allem auch die in ihm enthaltene Wassermenge ergreife. Man entgegne nicht, daß es sich hier lediglich um kleinere, dazu auch „geschlossene" Gewässer handle! Gar manche dieser Gewässer — man betrachte nur die nichtöffentlichen Seen — tun es den öffentlichen an Umfang und Ausdehnung ihrer Wassermasse völlig gleich. Und was den Begriff der „geschlossenen" Gewässer anlangt, so ist er keineswegs gleichbedeutend mit dem der stehenden Gewässer. Gehören doch, wie Art. 16 erkennen läßt, zu den „geschlossenen" Gewässern auch die Quellen, Privatkanäle und Grundwasserflüsse, also Gewässerarten, deren Wassermasse erfahrungsgemäß nicht stillsteht, sondern sich in ständiger Bewegung befindet.

---

[1]) Art. 16 WG.

Die Eigentumsfähigkeit des fließenden Wassers ist übrigens auch durch den weiteren Rechtssatz zum Ausdruck gebracht, daß „die Privatflüsse und Bäche, soweit nicht andere Rechtsverhältnisse bestehen, Bestandteil der Grundstücke sind, zwischen denen sie hindurchfließen.[1]) Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß durch diese Bestimmung nicht nur das Bach- oder Flußbett, sondern auch die darüber befindliche Wassermenge zum Bestandteil der anliegenden Ufergrundstücke erklärt werden soll. Damit wird aber die Wassermenge selbst von den am Grund und Boden bestehenden Eigentumsrechten nach Maßgabe des Art. 21 WG. erfaßt. Allerdings macht Eymann, der geschworene Feind des Eigentums am fließenden Wasser, den gewaltsamen, aber untauglichen Versuch, aus dem an den Privatflüssen bestehenden Gemeingebrauche darzutun, daß der Gesetzgeber ein Eigentum am Wasser „mit Sicherheit“ abgelehnt habe.[2]) Er folgert nämlich: „Stünde das Wasser selbst im Privateigentume, dann könnte dessen Aneignung nicht jedermann freigegeben sein. Denn es ist Grundsatz des modernen Rechts, daß eine Enteignung nur unter Beachtung gewisser Formen stattfinden darf oder mindestens, daß Eingriffe in das Privateigentum nur auf Grund solcher Bestimmungen zulässig sind, die in der Form von Verfassungsänderungen erlassen sind. Nun waren aber weder im Wasserbenutzungsgesetz die den Gemeingebrauch behandelnden Art. 9 u. 53 als unter die Vorschrift des Titel X § 7 VU. fallend aufgeführt noch auch ist dies bezüglich des Art. 26 des neuen Gesetzes der Fall. Aus dieser Unterscheidung ist die Anschauung des Gesetzgebers über die Eigentumsfrage am Wasser mit Sicherheit (!) zu entnehmen, wenn auch ein bindender Rechtssatz hierin nicht enthalten ist“.

Diese Beweisführung geht fehl: einmal darin, daß sie die Aneignung des Wassers durch „Schöpfen mit Handgefäßen“ unter den Begriff der Enteignung im technischen Sinne subsumiert, wo doch diese Enteignung sich lediglich als eine Betätigungsform des Gemeingebrauches darstellt. Zum anderen ist über-

---

[1]) Art. 21 Abs. 1 WG.

[2]) Eymann, Vorbem. z. Abt. I (S. 167).

sehen, daß der Gemeingebrauch an den Privatflüssen ebenso alt ist wie das an ihnen bestehende Eigentum selbst, daß es also, wie Harster-Cassimir sagt,[1]) ein verfassungsmäßiges Recht des Eigentums an den Privatflüssen ohne die Schranken des Gemeingebrauchs niemals gegeben hat. Der Gemeingebrauch ist sogar die ursprüngliche Erscheinungsform des Eigentums selbst. Denn wie oben schon ausgeführt,[2]) bildeten die kleineren Wasserläufe in der älteren Periode des deutschen Rechts einen Bestandteil der gemeinen Mark und unterlagen als solche der gemeinschaftlichen Nutzung der Markgenossen. Als dann späterhin das Kollektiveigentum allenthalben in das Individualeigentum aufgelöst wurde, erhielt sich die usprüngliche Art der gemeinschaftlichen Benutzung in den Formen eines unschädlichen Gemeingebrauchs (usus innoxius) neben den Rechten des Individualeigentümers unangefochten weiter.[3]) Diese Rechtsentwicklung war aber schon längst zum Abschlusse gelangt, als die bayrische Verfassungsurkunde erlassen worden ist (26. 5. 1818). Demnach konnte weder die Festsetzung des Gemeingebrauchs im Wasserbenützungsgesetze noch seine Anerkennung im Wassergesetz einen Eingriff in das Privateigentum im Sinne des Titel IV § 8 VU. enthalten, und es bestand daher auch kein Anlaß, die Bestimmung über den Gemeingebrauch in den Formen einer Verfassungsänderung nach Titel X § 7 VU. zu erlassen.

§ 8.

Zusammenfassung.

Als Endergebnis unserer Untersuchung über den Gegenstand des staatlichen Eigentums an den öffentlichen Gewässern können wir demnach feststellen:

Das Eigentum des Staates an den öffentlichen

---

[1]) Harster-Cassimir Anm. 3 zu Art. 16 WG. (S. 88).

[2]) s. S. 13 der Darst.

[3]) Es liegt hier eine ähnliche Erscheinung vor wie bei den öffentlichen Gewässern, wo ebenfalls der ursprüngliche Allmendcharakter durch die Regalität nicht gänzlich beseitigt wurde, sondern in beträchtlichem Umfange neben den Rechten des Königs aufrechterhalten blieb (vgl. S. 14 der Darst.).

Gewässern erstreckt sich sowohl auf das Gewässerbett als auch auf die darüber befindliche Wassermenge. Es ergreift in gleichem Maße das stehende wie das — jeweils im Gewässer befindliche — fließende Wasser und äußert seine Wirkung ebenso stark an der Gesamtwassermenge wie an ihren einzelnen Teilen bis herab zu den Wellen.

§ 9.

Folgerungen aus dem in § 8 gewonnenen Ergebnisse.

Aus der in § 8 gewonnenen Ansicht über den Gegenstand des staatlichen Eigentums an den öffentlichen Gewässern läßt sich eine Reihe bedeutsamer Folgerungen ableiten:

1. Wenn das Wasser der öffentlichen Gewässer selbst im Eigentume des Staates steht, dann ist seine Benutzung, von den Gemeingebrauchsbefugnissen abgesehen, nichts anderes als Ausfluß und Betätigung privaten Rechtes.[1]) Es handelt daher einerseits der Staat nur in Ausübung seiner Eigentumsrechte, wenn er selbst als Unternehmer von Anlagen zum Ausbau der Wasserkräfte schreitet. Andererseits ist aber auch, von längst erworbenen Rechten abgesehen, eine Sondernutzung am Wasser der öffentlichen Gewässer undenkbar, zu der nicht der Staat als Gewässereigentümer seine Zustimmung gegeben und dadurch gleichzeitig ein bestimmtes privates Rechtsverhältnis zwischen sich und dem Nutzungsberechtigten geschaffen hätte. Die Erteilung einer solchen Zustimmungserklärung kann in einer doppelten Weise zum Ausdruck kommen: einmal dadurch, daß zwischen dem Staate und den privaten Interessenten ein besonderer Vertrag abgeschlossen wird, durch den ein eigenes auf Bezug oder Benutzung des Wassers gerichtetes Privatrecht ins Leben tritt.[2])

Es ist aber ebensogut denkbar und bildet sogar in der Praxis die Regel, daß der Abschluß eines besonderen Vertrages unterbleibt. Alsdann kommt die private Zustimmungserklärung des

---

[1]) And. A. Eymann, Vorbem. zu Abt. II (S. 348 ff.).

[2]) Brenner Anm. 2 zu Art. 42.

Staates zugleich mit der Erlaubniserteilung nach Art. 42 WG. zum Ausdruck.[1]) Hieran kann die Tatsache nichts ändern, daß diese Erlaubniserteilung ein öffentlichrechtlicher Akt ist. Auch öffentlichrechtliche Handlungen können private Willenskundgebungen ausdrücken und rechtserzeugend oder -verändernd auf private Verhältnisse einwirken. Man denke nur an den Zuteilungsakt nach Art. 11 Abs. 3 WG. Daß dieser öffentlichrechtlicher Natur ist, wird von niemand ernstlich bestritten werden. Und doch ist sein Zweck und seine Wirkung ausschließlich privatrechtlichen Inhalts.

Ebensowenig darf es Bedenken erwecken, daß die Erteilung der Erlaubnis nach Art. 42 WG. nicht von der — zur Vertretung des Staates in zivilen Rechtssachen berufenen — Regierungsfinanzkammer, sondern von der Distriktsverwaltungsbehörde ausgeht. Es muß nämlich daran festgehalten werden, daß die Erlaubniserteilung ein Doppeltes zum Ausdruck bringen will: einmal, daß der Staat als Träger der Wasserpolizei gegen die Benutzung des Wassers nichts einzuwenden habe, zum andern, daß er auch in seiner Eigenschaft als Fiskus, als Gewässereigentümer, mit der Sondernutzung einverstanden sei.[2]) In einem solchen Falle nämlich, wo der Staat sowohl als Hoheitsperson wie als Träger privater Rechte seinen maßgebenden Willen zu erklären hat, ist, wie Seydel[1]) ausführt, eine doppelte Lösung möglich: entweder ist die privatrechtliche und polizeiliche Seite der Sache in bezug auf Behandlung und behördliche Zuständigkeit getrennt, oder aber die privatrechtliche Verfügungshandlung wird derart mit der öffentlichrechtlichen Handlung vereinigt, daß erstere in letzterer verschwindet. Dann tritt die Doppelnatur der Handlung in den Wirkungen zutage: Die privatrechtliche Nutzungsgewährung erzeugt privatrechtliche, die polizeiliche Genehmigung erzeugt öffentlichrechtliche Wirkung. Die letztere Art der Lösung ist im bayrischen Wasserrecht verwendet: Die polizeiliche und privatrechtliche Seite der Sache ist

---

[1]) Brenner Anm. 2 zu Art. 42 WG.; Harster-Cassimir Anm. 2 zu Art. 42 WG.

[2]) Seydel Bd. 3 § 331 (S. 251 ff.).

hinsichtlich ihrer Behandlung und behördlichen Zuständigkeit verschmolzen. Die Distriktsverwaltungsbehörde, die regelmäßig nur für die öffentlichrechtliche Seite zuständig ist, bringt zugleich die privatrechtliche Willenskundgabe des Staates wirksam zum Ausdruck. Welcher Art das private Rechtsverhältnis sei, das durch die Erlaubniserteilung ins Leben tritt, bemißt sich nach den Umständen des konkreten Falles. Im allgemeinen wird von Bedeutung sein, ob die Erlaubnis auf bestimmte Zeit oder nur in widerruflicher Weise erteilt wird. Ersterenfalls wird es sich in der Regel um eine Dienstbarkeit (Grunddienstbarkeit, persönliche Dienstbarkeit), letzterenfalls um ein prekaristisches Rechtsverhältnis zwischen Staat und Nutzungsberechtigten handeln.[1])

2. Als eine besondere Art der Wasserbenutzung stellt sich auch die Immission, das ist die Zuleitung fester und flüssiger Stoffe in das Wasser, dar. Soweit solche Immissionen die Grenzen des Gemeingebrauches, dessen Umfang sich mittels Argumentum e contrario aus Art. 37 u. 38 WG. bestimmt,[2]) überschreiten, bedürfen sie der privatrechtlichen Einwilligung des Wassereigentümers, d. i. des Fiskus. Da nun aber die Erlaubnis im Sinne des Art. 37 rein polizeilicher Natur ist, so ist neben ihr die weitere Erlaubnis nach Art. 42 einzuholen; durch die letztere wird dann zugleich die Zustimmungserklärung des Staates in seiner Eigenschaft als Gewässereigentümer hinlänglich zum Ausdrucke gebracht.[3]) Auf die Notwendigkeit der Erteilung dieser weiteren Erlaubnis ist denn auch im § 98 Abs. 4 der Vollzugsbekanntmachung ausdrücklich hingewiesen.

3. Wenn das Wasser der öffentlichen Gewässer, wie nachgewiesen, selbst Gegenstand des staatlichen Eigentums ist, dann ist auch der Staat in der Lage, jedem widerrechtlichen Eingriffe in die ihm gehörige Wassermasse mit den Rechtsmitteln des Eigentümers, insbesondere mit der negatorischen Klage aus § 1004 BGB., zu begegnen. Freilich wird der Staat bei den

---

[1]) Dittmann in Zeitschr. f. Rechtspfl. 1908 S. 6; vgl. Art. 191 Abs. 2 EG. z. BGB. und Art. 45 ÜG.

[2]) s. S. 53 Note 2 der Darst.

[3]) Harster-Cassimir Anm. 4 zu Art. 37 WG.

zahlreichen und wirksamen Rechtsbehelfen, die den Verwaltungsbehörden zu Gebote stehen, tatsächlich selten in die Lage kommen, auf seine zivilen Rechtsmittel zurückzugreifen. Immerhin tragen die letzteren wesentlich zur Verstärkung der staatlichen Rechtsstellung bei.

4. Der Umstand, daß das Wasser der öffentlichen Gewässer selbst im Eigentume des Staates steht, schließt die Möglichkeit eines Wasserdiebstahls in sich.[1]) Dieses Delikt wird objektiv stets dann vollendet sein, wenn jemand unter Überschreitung des Gemeingebrauches und ohne besondere Erlaubnis den öffentlichen Gewässern Wasser entzieht. Dem widerspricht nicht, daß das Wasser der öffentlichen Gewässer, wie oben auseinandergesetzt, lediglich als ein Bestandteil des unbeweglichen Grund und Bodens, also selbst als eine unbewegliche Sache zu betrachten ist. Denn der „beweglichen" Sache im Sinne des § 242 RStGB. steht die gerade zum Zwecke des Diebstahls beweglich gemachte durchaus gleich.[2]) Eine solche Transformation wird beispielsweise dann anzunehmen sein, wenn jemand mittels einer Röhrenleitung einem öffentlichen Gewässer Wassermengen entzieht.

Einen besonderen Standpunkt in der Frage des Wasserdiebstahls vertritt Tuma, der sonst in Übereinstimmung mit der von uns vertretenen Ansicht ein vollwirksames Eigentum am Wasser im ganzen wie in seinen Teilen annimmt.[3]) Er verneint nämlich die Möglichkeit eines Wasserdiebstahls mit Rücksicht darauf, daß das Eigentum des Staates an den einzelnen Teilen des Gewässers nicht als Staatsvermögen in finanziellem Sinne, sondern wegen des Interesses der Gesamtheit an dem Gewässer geschützt sei. Infolgedessen fehle es an dem Wesen des Diebstahlsdeliktes als Eingriff in das Vermögen, wenn auch rein äußerlich die Tatbestandsmerkmale des Diebstahls gegeben seien. Dieser Beweisführung ist jedoch entgegenzuhalten: Das Eigentum ist stets um seiner selbst willen geschützt, mag es nun finanziellen oder öffentlichen oder sonstigen Zwecken dienen.

[1]) Harster-Cassimir Anm. 1, 4 zu Art. 2; Schenkel S. 36.
[2]) v. Liszt, Strafrecht § 127 II, 3.
[3]) Tuma in Zeitschr. f. Rechtspfl. 1908 S. 286.

Überhaupt kann die Zweckbestimmung, wie schon oben bemerkt, niemals die innere Natur des Eigentums, sondern höchstens seine äußere Wirkung beeinflussen. Dieser Einfluß, welcher seine äußere Wirkung betrifft, ist aber bei der Anwendung des § 242 RStGB. ganz und gar unberücksichtigt zu lassen. Auch eine nuda proprietas ist für einen Dieb fremdes, verletzbares Gut. Im übrigen hat es aber auch rechtspolitisch einen guten Sinn, daß das zu öffentlicher Benutzung bestimmte Eigentum ebensogut wie ein anderes sich des Schutzes des § 242 RStGB. erfreut. Denn wenn auch das zu öffentlicher Benutzung bestimmte Eigentum, um Tuma zu folgen, im letzten Grunde mehr der Gesamtheit, d. i. jedem einzelnen, als dem Staate zusteht, dann greift doch immerhin jede Überschreitung des Gemeingebrauches durch den einen in die Vermögenssphäre des andern, d. i. des Miteigentümers, verletzend ein, und auch am Miteigentume ist anerkanntermaßen ein Diebstahl möglich und zu ahnden.[1]) Von einer rein „formalen" Verwirklichung des Diebstahldeliktes kann also auch unter dem letzteren Gesichtspunkte füglich nicht gesprochen werden.

An sich müßte auch die Entnahme von Eis ohne besondere Erlaubnis der Verwaltungsbehörde als Diebstahl geahndet werden, da das Eis als gefrorenes erstarrtes Wasser in gleicher Weise wie jenes selbst dem staatlichen Eigentume unterliegt; allein eine Anwendung des § 242 RStGB. ist hier ausgeschlossen, weil die Entnahme von Eis, ebenso wie das Abführen von Sand, Kies, Steinen, Schlamm, Erde und Pflanzen aus dem Flußbett öffentlicher Gewässer dem Gemeingebrauche unterstellt und dadurch privatrechtlich der Aneignung jedermanns freigegeben ist.[2]) Eine Entnahme von Eis usw. aus dem Flußbett öffentlicher Gewässer ohne behördliche Erlaubnis kann daher niemals eine widerrechtliche Zueignung im Sinne des § 242 RStGB. darstellen, sondern höchsens einen Verstoß gegen die polizeiliche Vorschrift des § 26 Abs. 2 begründen. In diesem letzteren Sinne ist die Eisentnahme auch in Art. 204 Ziff. 3 WG. unter Strafe gestellt.

---

[1]) v. Liszt, Strafrecht § 127 II, 2 letzter Satz.

[2]) Art. 26 Abs. 2 WG.

5. Noch eine weitere strafrechtliche Folgerung ergibt sich aus der Tatsache, daß das Wasser der öffentlichen Gewässer selbst Gegenstand des staatlichen Eigentums ist: Jede Zuführung fester oder flüssiger Stoffe, welche die Substanz des Wassers in schädlicher Weise beeinflußt, ist, wenn vorsätzlich, d. h. mit dem Bewußtsein der schädigenden Wirkung, und widerrechtlich, d. h. ohne besondere behördliche Erlaubnis begangen, als Sachbeschädigung im Sinne des § 303 RStGB. zu bestrafen. In diesem Falle ergibt sich möglicherweise eine ideale Konkurrenz des § 303 RStGB. mit der Strafbestimmung des Art. 202 Abs. 1 WG. Eine Nichtanwendung des § 303 RStGB. mit Rücksicht auf die Existenz der wassergesetzlichen lex specialis wäre unstatthaft.[2]) Denn die Materie der Sachbeschädigung ist Gegenstand reichsgesetzlicher Regelung geworden. Demnach ist die Festsetzung einer besonderen — milderen — Strafbestimmung mit Rücksicht auf das Wasserrecht durch die Landesgesetzgebung mangels besonderen Vorbehaltes ausgeschlossen.[3]) Handelt es sich natürlich um eine fahrlässige Zuleitung schädlicher Stoffe, dann bewendet es bei der Strafbestimmung des Art. 202 Abs. 1 WG. Das gleiche gilt, wenn aus anderen — subjektiven — Gründen die Anwendung der reichsrechtlichen Bestimmungen über die Sachbeschädigung versagen sollte.

3. Hauptteil.

Freiheit und Gebundenheit des staatlichen Eigentums.

§ 10.

Der Einfluß des öffentlichen Rechtscharakters auf die Entfaltung des staatlichen Eigentums an den öffentlichen Gewässern.

Das Eigentum in zivilrechtlichem Sinne gewährt seinem Inhaber, wie schon oben erwähnt,[4]) die Befugnis, mit seiner

[1]) Art. 26 Abs. 2 WG.; vgl. S. 80 der Darst.

[2]) Also keine Gesetzeskonkurrenz!

[3]) § 2 EG. z. StGB.

[4]) s. S. 18 der Darst.

Sache nach Belieben zu verfahren und andere von jeder Einwirkung auszuschließen. Diese auch dem staatlichen Eigentume an den öffentlichen Gewässern zukommende Wirkung ist jedoch durch den öffentlichrechtlichen Charakter der Gewässer in weitgehendem Maße beeinflußt. Diesem Einflusse sind daher nähere Betrachtungen zu schenken.

Die öffentlichen Gewässer sind, wie schon oben erwähnt,[1]) eine Spezies der öffentlichen Sachen und haben als solche die rechtliche Bestimmung, unmittelbar den Zwecken der Allgemeinheit zu dienen. Diese — im öffentlichen Rechte begründete — Zweckbestimmung äußert sich aber, was die Art ihrer Verwirklichung betrifft, nach unserer obigen Feststellung in einer doppelten Weise: einmal in einer Gebundenheit der Gewässer selbst, vermöge derer einer beliebigen Vielheit von Personen, d. i. der Allgemeinheit, die rechtliche Möglichkeit gegeben ist, die Gewässer jederzeit und nach Willkür in den Grenzen des Gemeingebrauches zu benutzen. Zum andern tritt diese Bestimmung hervor in einer zweckfördernden Tätigkeit des Staates, welche in der polizeilichen Regelung des Gemeingebrauches, der Unterhaltung der Gewässer für den dauernden Gebrauch und vor allem im Ausbau der Wasserkräfte zum Wohle und Vorteil der Allgemeinheit ihren Ausdruck findet.[2]) Gerade das letztere Moment, nämlich der Ausbau der Wasserkräfte durch die Tätigkeit des Staates, ist im neuen Wassergesetze mit besonderer Schärfe hervorgekehrt. Im alten Rechte waren die öffentlichen Gewässer als ein zur allgemeinen Benutzung bestimmtes Staatsgut bezeichnet.[3]) Dadurch sollte zum Ausdruck kommen, daß es im wesentlichen Sache der Allgemeinheit selbst sei, ob und wie weit sie sich des Nutzens der Gewässer bedienen wolle. Zu diesem Zwecke sollten ihr alle Benutzungsarten erlaubt sein, die im Gesetze nicht ausdrücklich verboten waren.[4]) Jetzt ist die erwähnte Bezeichnung des alten Gesetzes gefallen und damit

---

[1]) s. S. 3 der Darst.

[2]) s. S. 4 u. 5 der Darst.

[3]) Art. 1 WBG.

[4]) Seydel Bd. 3 § 331 Note 39; Dittmann in Zeitschr. f. Rechtspfl. 1908 S. 35.

die zweckfördernde Tätigkeit des Staates, die bisher im Hintergrunde stand, zu einem wesentlichen Faktor in der Realisierung der auf den öffentlichen Gewässern lastenden Zweckbestimmung erhoben. In demselben Maße aber, als die staatliche Tätigkeit in den Vordergrund trat, mußten die unmittelbaren Zugriffsrechte der Allgemeinheit zurücktreten. Die Vermutung ist daher im neuen Rechte gegen den Gemeingebrauch.[1]) Die Gemeingebrauchsbefugnisse stellen sich als Ausnahme dar und sind als solche strikte zu interpretieren. Als Regel erscheint aber jetzt der Ausbau der Wasserkräfte durch die Tätigkeit des Staates als des berufenen Vertreters der Allgemeinheit zu deren ausschließlichem und uneingeschränktem Wohle. Es läßt sich daher nach neuem Rechte zwar nicht mehr von einem zur allgemeinen Benutzung, wohl aber von einem zum allgemeinen Nutzen bestimmten Staatsgute sprechen. Damit ist aber zugleich ausgesprochen, daß nur die Art der Verwirklichung der Zweckbestimmung, nicht die Zweckbestimmung als solche sich gegenüber dem früheren Rechte verändert hat. Nach wie vor sind die öffentlichen Gewässer ausschließlich für die Interessen der Allgemeinheit bestimmt, und es ginge die Annahme fehl, daß das staatliche Eigentum an den öffentlichen Gewässern jetzt nur noch spezielle Verfügungsschranken habe — soweit der Gemeingebrauch oder besondere Rechte Dritter reichen —, während es früher in genereller Weise beschränkt gewesen wäre.[2]) Auch im neuen Rechte ist der Staat in der Handhabung seines Eigentums an den öffentlichen Gewässern durch deren allgemeine Zweckbestimmung gebunden, nicht etwa nur insoweit, als der Gemeingebrauch oder sonstige Nutzungsbefugnisse ihm im Wege stehen sollten.[3]) Im übrigen verdient es Beifall, wenn das Gesetz der Allgemeinheit zwar alle Vorteile der Gewässer zuweist, jedoch nur in beschränktem und genau bestimmtem Maße ihr selbst deren Aneignung gestattet. Eine solche Ordnung

---

[1]) Dittmann in Zeitschr. f. Rechtspfl. 1908 S. 35 Anm. 17.

[2]) Dafür Eymann Anm. 3 zu Art. 2 (S. 189). Dagegen Harster-Cassimir Anm. 7 zu Art. 2.

[3]) Eymann Anm. 3 zu Art. 2 S. 189; v. Thelemann, Korref. S. 8.

rechtlicher Verhältnisse hat überall einen guten Sinn, wo bei der Menge der Interessenten und der Verschiedenheit der Interessen zu befürchten ist, daß eigenmächtiges Handeln einer gleichmäßigen Verteilung der Nutzungen Eintrag tun könnte. Wo läge aber eine solche Gefahr näher als bei der Wasserbenutzung, an welcher sich die mannigfaltigsten Interessen und die verschiedenartigsten Interessenten zusammenfinden?

Sofern nun der Staat verpflichtet erscheint, die Zweckbestimmung der öffentlichen Gewässer für die Allgemeinheit zur Durchführung zu bringen, hat er auch das Recht, zur Erfüllung dieser Aufgabe sich in vollem Umfange auf seine Eigentumsstellung zu berufen. So hat ja auch der Gesetzgeber mit der Anerkennung des staatlichen Eigentums an den öffentlichen Gewässern nebenher den Zweck verfolgt, dem Staate zur rationellen und umfassenden Verwertung der Wasserkräfte im öffentlichen Interesse eine möglichst günstige Rechtsposition zu sichern.[1])

Darnach nimmt aber das Eigentum des Staates an den öffentlichen Gewässern unter dem Einflusse ihrer öffentlichen Rechtsnatur hinsichtlich seines inneren Zweckes und der Art seiner Handhabung eine doppelte Bedeutung an: Soweit die öffentliche Zweckbestimmung nicht in Frage steht, ist dieses Eigentum um seines Inhabers willen da, ist Selbstzweck, wie es im allgemeinen der Regel entspricht, daß Rechte um derer willen existieren, die sie innehaben. Soweit dagegen die öffentliche Zweckbestimmung Geltung beansprucht, ist der Staat Eigentümer der öffentlichen Gewässer im Interesse der Allgemeinheit. Sein Eigentum in dieser Beziehung ist also lediglich Mittel zum Zweck, wie es mitunter vorkommen kann, daß Rechte einen Inhaber besitzen, nicht um diesen, sondern um anderen Personen den Vorteil ihrer Existenz zu gewähren.[2]) In dieser Erkenntnis unterscheiden wir in bezug auf Zweck und Handhabung des staatlichen Gewässereigentums auf der einen Seite ein egoistisches oder fiskalisches, auf der anderen ein altruistisches oder fiduziarisches Eigentum des Staates an den öffentlichen Gewässern.

---

[1]) Begr. S. 547 I.

[2]) Rechtsstellung des Konkursverwalters, Testamentsvollstreckers.

§ 11.

Das Hervortreten des fiskalischen Gewässereigentums.

Es gilt die Grenzen aufzusuchen, innerhalb derer das staatliche Eigentum in dem einen oder anderen Sinne wirksam werden kann. Der Natur der Sache nach ist das fiskalische Eigentum in seiner Entfaltung am meisten gehemmt. Es vermag eben, wie schon erwähnt, nur insoweit hervorzutreten, als Einwirkungen auf die öffentlichen Gewässer unbeschadet ihrer Zweckbestimmung vorgenommen werden können. Nun umfaßt die öffentliche Zweckbestimmung der Gewässer jedwede auf die wirtschaftliche Verwendung des Wassers gerichtete Tätigkeit. Ja es sind sogar, wie Art. 26 Abs. 2 WG. erkennen läßt, einige Nutzungshandlungen, die nicht eine Verwendung des Wassers, sondern eine Nutzung des Grund und Bodens zum Gegenstande haben, von der Zweckbestimmung miterfaßt. Darnach bestimmt sich das für die Entfaltung des fiskalischen Eigentums freistehende Gebiet folgendermaßen:

Soweit nicht eine Verwendung des Wassers oder sonstige der Allgemeinheit freigegebene Gewässernutzungen in Betracht kommen, erscheint der Staat berechtigt, sein Eigentum zu seinen höchst eigenen und selbstsüchtigen Interessen geltend zu machen.

Die größtmögliche Entfaltung des fiskalischen Gewässereigentums muß demnach bei gänzlichem Wegfall der öffentlichen Zweckbestimmung eintreten. Nun ist allerdings eine Deklassierung der öffentlichen Gewässer, wie sie beispielsweise das badische Wasserrecht kennt, in Bayern nicht vorgesehen.[1]) Allein es

---

[1]) Harster-Cassimir Anm. 7 I, 1 zu Art. 2, Anm. 2 zu Art. 3. Eine Deklassierung öffentlicher Gewässer hätte eine Erweiterung des Kreises der sogen. Staatsprivatflüsse zur Folge. Letztere Gewässer stehen als eine Spezies der Privatflüsse ausschließlich in fiskalischem Staatseigentum, sie können daher nach Belieben veräußert, belastet oder in sonstiger Weise den Interessen ihres Eigentümers dienstbar gemacht werden. Von den öffentlichen Gewässern unterscheiden sie sich durch das Fehlen einer öffentlichen Zweckbestimmung, von anderen Privatflüssen — Adjazentenflüssen und Privatflüssen im Eigentume Dritter — lediglich durch die Person ihres Eigentümers. (Brenner Anm. I zu Art. 23, auch zu Art. 2 WG.; Harster-Cassimir Anm. 1 zu Art 2 WG.)

besteht die Möglichkeit, daß durch tatsächliche Veränderungen in der Beschaffenheit der Gewässersubstanz die öffentliche Rechtsnatur zum Erlöschen gebracht wird. Zwar gehört hierher nicht der Fall, daß ein öffentlicher Wasserlauf aus technischen Gründen zur Schiff- oder Floßfahrt unbrauchbar werden sollte. Denn das Gesetz bestimmt ausdrücklich in Art. 3 WG., daß öffentliche Flüsse und Flußteile samt ihren Nebenarmen die Eigenschaft öffentlicher Gewässer auch dann noch beibehalten, wenn sie nicht mehr der Schiff- oder Floßfahrt dienen. Dabei muß es als gleichgültig betrachtet werden, ob es sich um ein tatsächliches Abkommen der Schiff- und Floßfahrt oder, wie in dem von uns angezogenen Falle, um ein plötzliches Untauglichwerden eines Wasserlaufes handeln sollte.[1])

Dagegen fällt die öffentliche Eigenschaft eines Gewässers bezw. eines Gewässerteiles stets dann weg, wenn und insoweit die im Gewässer enthaltene Wassermenge dauernd aus ihm verschwindet. Denn mit der dauernden Entfernung des Wassers ist der Verwirklichung der Zweckbestimmung jede Grundlage entzogen. Dieser Zustand kann sowohl auf künstlichem wie natürlichem Wege herbeigeführt werden. Beispiele ersterer Art bilden Einfüllungen, Verschüttungen und ähnliche, besonders bei Flußkorrektionen vorkommende Maßnahmen, ein Beispiel letzterer Art ist der Fall des sogen. verlassenen Flußbettes (alveus derelictus), der — wohl zur Behebung früherer Zweifel — besondere gesetzliche Regelung gefunden hat.[2]) Zwar ist in bezug auf den letzteren Fall bestimmt, daß die Staatsregierung ermächtigt sein soll, das verlassene Bett „vor allem zum Vorteile“ der Eigentümer der durch die Veränderung des Flußlaufes beschädigten Grundstücke zu verwenden. Allein damit ist keineswegs ein öffentlicher Rechtscharakter des verlassenen Bettes anerkannt. Denn einmal handelt es sich nicht um die Interessen eines weiteren Personenkreises — nur das könnte eine öffentliche Eigenschaft rechtfertigen —, sondern um die Bevorzugung einer

---

[1]) Oertmann § 94 II a γγ; Brenner Anm. zu Art. 3; Eymann Anm. 5 zu Art. 3.

[2]) Art. 12 WG.

engbegrenzten Zahl bestimmter Personen aus Billigkeitsgründen. Es ist demnach nicht richtig, wenn Harster-Cassimir behauptet, es könne der Staat bezw. die Staatsregierung nie aus fiskalischen, sondern immer nur aus Rücksichten des Gemeinwohles von der „Regel" des Art. 12 Abs. 2 WG. abweichen. Vielmehr bildet das verlassene Flußbett an sich einen Gegenstand unumschränkter Entfaltung des fiskalischen Eigentums.[1])

Aber auch während und neben dem Bestehen der öffentlichen Eigenschaften eines Wasserlaufes ist dem fiskalischen Gewässereigentume nicht jede Möglichkeit seiner Entfaltung genommen.[2]) So kann es wirksam hervortreten:

1. An den Inseln: das sind, wie das Gesetz definiert, Erderhöhungen, die sich außer Zusammenhang mit dem festen Lande in einem öffentlichen Flusse über dem mittleren Wasserstande erheben (sogen. insula in flumine nata).[3])

2. An Verlandungen, welche der Staat als Unternehmer von Regulierungsarbeiten und Durchstichen zufolge Art. 10 WG. erwirbt (sogen. alluvio des römischen Rechtes).[4])

3. An den abgerissenen Landstücken, die sich außer Zusammenhang mit einem Ufer im Flusse festgesetzt haben und von ihrem ursprünglichen Eigentümer nicht rechtzeitig zurückgefordert werden (Fall der sogen. avulsio).[5])

4. An Pflanzen und sonstigen Gewässererzeugnissen, soweit diese nicht nach Art. 26 Abs. 2 WG. dem Gemeingebrauche freigegeben sind.

Allerdings ist zuzugeben, daß die Insel im Flusse, ebenso die Verlandungen und Abrisse, an denen der Staat Eigentum erwirbt, nicht in dem unbeschränkten Maße wie etwa das verlassene Flußbett unter die Herrschaft des fiskalischen Eigentums treten. Der Grund hierfür liegt darin, daß das verlassene Flußbett eine Sache für sich ist, während die Inseln, Verlandungen

---

[1]) Harster-Cassimir Anm. 4 zu Art. 12.
[2]) s. S. 6 der Darst.
[3]) Art. 13 WG.
[4]) Art. 10 WG.
[5]) Art. 14 WG.

und Abrisse immer noch Bestandteile einer öffentlichen Sache sind und als solche bis zu einem gewissen Grade unter dem Banne des öffentlichen Rechtscharakters verbleiben. Sie können daher auch nicht wie das Flußbett ohne weiteres als freie Vermögensstücke in den privatrechtlichen Verkehr eingeführt werden. Dazu bedürfte es zunächst der Aufhebung ihrer Bestandteilseigenschaft, die insofern rechtlich zulässig erscheint, als sie nicht wesentliche, sondern unwesentliche Bestandteile des Gewässerganzen darstellen.[1]) Allein gegen ihre Lostrennung vom Ganzen könnten sich insofern Bedenken erheben, als diese Trennung mittelbar der Zweckbestimmung des Gewässers, insbesondere der Ausübung der Gemeingebrauchsbefugnisse, nachteilig werden könnte. Im übrigen verbürgt der Umstand, daß an diesen Gewässerstücken der Natur der Sache nach jegliche Wassernutzung ausgeschlossen ist, die Möglichkeit zahlreicher Nutzungshandlungen, welche, wie z. B. eine Bebauung der Insel, Anpflanzung der Verlandungen, Verpachtung des Weidenschnittes,[2]) unbeschadet der öffentlichen Zweckbestimmung des Gewässers (von seinem fiskalischen Eigentümer) vorgenommen werden können. Weniger bedenklich als die Einführung von Inseln, Verlandungen und Abrissen in den privatrechtlichen Verkehr erscheint diese bei Pflanzen, Steinen und ähnlichen Gewässerprodukten, soweit diese nicht dem Gemeingebrauche freigegeben sind. Soweit nämlich letzteres der Fall ist, können diese Gewässerprodukte als Gegenstände des fiskalischen Eigentums überhaupt nicht in Betracht kommen. Soweit dagegen der Gemeingebrauch auf sie nicht ausgedehnt ist, können sie jederzeit unbeschadet der Zweckbestimmung des Ganzen ihrer Bestandteilseigenschaft — soweit eine solche überhaupt vorliegen sollte — enthoben und darnach als freie Vermögensstücke in den privatrechtlichen Verkehr übergeführt werden.

Noch einfacher liegt die Sache bei einen im öffentlichen Gewässer sich findenden Schatze. Dieser ist nämlich stets ein gesondertes Rechtsobjekt geblieben und als solches niemals unter den Einfluß der der umschließenden Sache anhaftenden öffentlichen

---

[1]) § 93 BGB.; s. auch S. 25 der Darst.

[2]) Dittmann in Zeitschr. f. Rechtspfl. 1908 S. 6.

Rechtsnatur getreten. Er wird daher auch ohne weiteres — zur Hälfte [1]) — Gegenstand des fiskalischen Staatseigentums.

Zum Schluß sei bemerkt, daß auch das Jagd- [2]) und Fischereirecht [3]) des Staates an bezw. in den öffentlichen Gewässern ein Ausfluß seines fiskalischen Eigentumsrechtes ist.

§ 12.

Das Hervortreten des fiduziarischen Gewässereigentums.

Das fiduziarische Eigentum des Staates an den öffentlichen Gewässern hat im Vergleich zum fiskalischen ein weites Feld zu seiner Entfaltung. Steht es doch dem Staate überall schirmend zur Seite, wo er zur Förderung der auf den öffentlichen Gewässern lastenden Bestimmung für die Allgemeinheit tätig wird. Nun ist freilich die Kompetenz des Staates nach dieser Seite nicht unbegrenzt, denn wie schon oben ausgeführt,[4]) wird die Zweckbestimmung der öffentlichen Gewässer zu einem gut Teil von den Destinatären selbst verwirklicht, nämlich insoweit, als die öffentlichen Gewässer dem allgemeinen Gebrauche unmittelbar hingegeben sind. Hieraus folgt, daß die Entfaltung des fiduziarischen Eigentums in eben dem Maße gegenstandslos wird, als die Allgemeinheit selbst in der Lage ist, an dem Nutzen der Gewässer Anteil zu nehmen. Wo aber die Anwendung des fiduziarischen Eigentums gegenstandslos wird, findet es — seinem begrifflichen Wesen nach — auch ohne weiteres seine rechtliche Begrenzung. Hieraus ergibt sich der Satz, daß das fiduziarische Eigentum des Staates ebensowenig wie das fiskalische — wenn auch aus anderen Gründen — der Ausübung der Gemeingebrauchsbefugnisse hinderlich werden darf. Demnach wäre beispielsweise die Errichtung einer Wasserkraftanlage, durch welche die Schifffahrt auf einem öffentlichen Wasserlaufe ausgeschlossen oder wesentlich erschwert würde, unstatthaft, und zwar ohne Rück-

---

[1]) § 984 BGB.

[2]) Art. 1 Jagdgesetzes v. 30. 3. 1850.

[3]) Art. 3 Abs. 1 Ziff. 1 Fischereigesetzes v. 15. 8. 1908 (s. S. 19 der Darst.).

[4]) vgl. S. 4, 5, 41, 42 der Darst.

sicht darauf, ob der Staat sich zur Rechtfertigung auf sein fiskalisches oder fiduziarisches Eigentum berufen wollte. Auch eine im öffentlichen Interesse errichtete Anlage darf der Ausübung der Gemeingebrauchsbefugnisse keinen Abtrag tun.

Eine andere Frage ist es freilich, mit welchen Rechtsmitteln der einzelne sich verletzt fühlende Destinatär dem Staate im Falle unzulässiger Ausdehnung seines Eigentums entgegenzutreten in der Lage wäre. Diese Frage führt zur Untersuchung der vielumstrittenen Rechtsnatur des Gemeingebrauches. Diese sowie der Umfang der Gemeingebrauchsbefugnisse sollen jedoch in einem besonderen Paragraphen Gegenstand näherer Betrachtungen werden.[1]) Zunächst genügt es, erkannt und festgestellt zu haben, daß die Ausdehnung des fiduziarischen Gewässereigentums an den Gemeingebrauchshandlungen eine unüberschreitbare Grenze zu finden hat. Von diesen Schranken abgesehen, ist der Staat befugt, nach völlig freiem Ermessen sein Eigentum an den öffentlichen Gewässern zum Wohle der Allgemeinheit geltend zu machen. So ist es ihm ganz besonders freigestellt, als eigener Unternehmer von Anlagen aller Art den Ausbau der Wasserkräfte im öffentlichen Interesse zu betreiben. Zu diesem Zwecke darf er auch die Wasserläufe korrigieren, ableiten oder sonstwie in ihrer natürlichen Beschaffenheit verändern.

Aber auch dann handelt der Staat nur in Ausübung seines fiduziarischen Eigentums, wenn er besondere das Maß des zugelassenen Gemeingebrauches übersteigende Gewässernutzungen an private Interessenten verleiht. Gerade bei der Einräumung solcher Vorzugsrechte[2]) tritt die fiduziarische Stellung des Staates deutlich in die Erscheinung. Ruhen doch gleichsam sämtliche der Allgemeinheit zugedachte, im Wasser verkörperte Nutzungen in den Händen des Staates. Er verteilt sie gerechten und unparteiischen Sinnes bald an diesen, bald an jenen Interessenten und legt zugleich die Bestimmungen fest, unter denen sich ihre Ausübung im Einzelfalle zu vollziehen hat. Denn nur dann,

---

[1]) s. § 13 der Darst.

[2]) Bekker, Pand. Bd. 1 § 78 Beil. 1 B.

wenn jeweils ein beschränkter Teil der Allgemeinheit zu umfassenderen Gebrauchsrechten zugelassen ist und wenn gleichzeitig eine über allen Interessen stehende Macht die Verteilung vornimmt und den verliehenen Nutzungen selbst wieder ihre bestimmten Bahnen weist, kann einerseits eine gleichmäßige und ergiebige Nutzung der Gewässer erzielt, andererseits aber auch eine einseitige Ausbeutung der Gewässer zum Schaden der Allgemeinheit vermieden werden. Zwar bedeutet die Verleihung von Sondernutzungen an einen auserlesenen Kreis von Interessenten immer zugleich eine Zurückdrängung des anderen an sich ebenso berechtigten Teiles der Allgemeinheit.[1]) Allein zum Ausgleich dieses Mißverhältnisses hat das Gesetz die Erhebung entsprechender Gebühren für die Verleihung bevorzugter Nutzungen vorgesehen.[2]) Es stellt sich demnach auch das Recht des Staates zur Anforderung von Gebühren für die von ihm eingeräumten Nutzungen an den öffentlichen Gewässern als ein Ausfluß seines fiduziarischen Eigentums dar.

In diesem Sinne ließe sich noch eine Reihe von Fällen aufzählen, in denen der Staat sein Eigentum an den öffentlichen Gewässern als ein Mittel zum Zwecke, d. h. zum Wohle und Vorteil der Allgemeinheit anzuwenden in der Lage ist.

§ 13.

Die rechtliche Natur und der Umfang der Gemeingebrauchsbefugnisse an den öffentlichen Gewässern.

Der Gemeingebrauch ist zunächst rein äußerlich betrachtet der Inbegriff bestimmter Nutzungshandlungen, die einer ungezählten — nicht notwendig unbegrenzten[3]) — Vielheit von Personen an einer öffentlichen Sache ohne besondere Erlaubnis ihres privaten Eigentümers zustehen. Daß die Vornahme solcher Handlungen an eine vorgängige polizeiliche Erlaubnis ge-

[1]) Kgl. Staatsmin. d. Finanzen in AKA. (AB. S. 176); Harster-Cassimir Anm. 1, 3 zu Art. 73.

[2]) Art. 73 WG.

[3]) Dittmann in Zeitschr. f. Rechtspfl. 1908 S. 34.

knüpft ist, tut ihrem Wesen als Gemeingebrauchshandlungen ebensowenig Eintrag als der Umstand, daß ihre Ausübung von Fall zu Fall polizeilicher Regelung und Beschränkung unterliegt.[1])

Seinem inneren Wesen nach ist der Gemeingebrauch eine Folgeerscheinung der an einer öffentlichen Sache bestehenden Gebundenheit für bestimmte der Allgemeinheit dienliche Zwecke. Da nun aber die Gebundenheit der Sache selbst nur wieder eine Folge der durch öffentlichrechtliche Normen hervorgerufenen Zweckbestimmung ist, so kann auch der Gemeingebrauch nichts anderes als ein Gebilde und eine Erscheinung des öffentlichen Rechtes darstellen. Dem zivilen Rechte ist der Gemeingebrauch eine unbekannte Größe[2]) oder doch nur insofern bekannt, als er das Eigentum und andere zivile Rechte in ihrer Wirkung beeinträchtigt, mitunter fast gänzlich niederhält.

An die Erkenntnis, daß der Gemeingebrauch eine öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung ist, knüpft sich die weitere Frage, ob diese Beschränkung lediglich als sogen. objektive Gebundenheit[3]) existiert oder ob ihr ein individuell berechtigtes Subjekt gegenübersteht.[4]) Die Frage ist im Hinblick auf den Gemeingebrauch an den öffentlichen Gewässern des bayrischen Wasserrechts im Sinne der ersteren Alternative zu entscheiden. Denn wäre der Gemeingebrauch ein öffentliches Recht in subjektivem Sinne, dann müßte ihn auch der Gesetzgeber unter verwaltungsrechtlichen Schutz gestellt haben. Nun ist aber der Verwaltungsrechtsweg, wie Art. 177 WG. erkennen läßt, lediglich für den Streit über die öffentliche Eigenschaft eines Gewässers, nicht aber über das Recht seiner Benutzung eröffnet. Im übrigen wäre es auch eine schwierige Frage, wer denn als individuell berechtigtes Subjekt zu gelten hätte, jeder einzelne Interessent oder nur die Gesamtheit aller einzelnen, d. h. die Allgemeinheit. Die letztere Möglichkeit, die wohl am meisten für sich hätte, würde dann wieder die weitere Folge haben, daß der einzelne gezwungen wäre, sein verletztes Interesse immer durch die All-

---

[1]) Art. 26 Abs. 2 WG.

[2]) And. M. Oertmann §§ 95, 3g, 962 b δaa.

[3]) Dittmann a. a. O. S. 35

[4]) Harster-Cassimir Anm. 9 zu Art. 26.

gemeinheit, und da diese sich nicht selbst vertreten kann, durch den Staat wahrnehmen zu lassen. Eine Rechtsverfolgung wäre aber in diesem Falle stets dann ausgeschlossen, wenn die Verletzung des Gemeingebrauchsrechtes vom Staate selbst ausginge, da dieser natürlich nicht als Kläger und Beklagter in einer Person auftreten könnte.

Wie dem aber auch sein mag, weder das bayrische Wassergesetz noch sonstige Bestimmungen des öffentlichen Rechtes bieten eine Handhabe zur Verfolgung verletzter Gemeingebrauchsbefugnisse durch Anrufung verwaltungsrichterlicher Entscheidung. Es bleibt daher dem Verletzten nichts anderes als die einfache Verwaltungsbeschwerde übrig.

Daß der Gemeingebrauch ein Gebilde und eine Erscheinung des öffentlichen Rechts ist, schließt natürlich nicht aus, daß er im Zusammenhalte mit anderen Tatumständen, insbesondere seiner schuldhaften Störung, nach Lage des konkreten Falles den Tatbestand eines zivilrechtlich verfolgbaren Anspruches — vor allem einer Schadensersatzklage nach § 823 BGB. — begründen kann. Demnach könnte, um das in § 12 der Darstellung erwähnte Beispiel wieder aufzunehmen, ein durch eine staatliche Anlage in der freien Schiffahrt schuldhafterweise gehinderter Gemeingebrauchsinteressent unter Umständen mit einer Schadensersatzklage gegen den Fiskus herantreten, möglicherweise auch auf Beseitigung der Störung, ja sogar auf Unterlassung künftiger Störungen klagen.[1])

Was den Katalog der einzelnen Gemeingebrauchshandlungen anlangt, so kommen nach unserer obigen Definition nach bayr. Wasserrechte in Betracht:

1. der Gemeingebrauch im engeren Sinne, das sind die kleineren unschädlichen Wassernutzungen, wie das Schöpfen mit Handgefäßen, das Baden, Waschen, Tränken, Schwämmen, Eisbahnlaufen, ferner auch die von einer polizeilichen Erlaubnis abhängigen Gewässernutzungen, wie das Abführen von Steinen, Schlamm, Erde und ähnlichen Gewässerprodukten;[2])

[1]) ERG. Bd. 48 S. 118, Bd. 56 S. 286; Dittmann a. a. O. S. 37 Anm. 19.
[2]) Art. 26 WG.

2. die Schiffahrt, Floßfahrt und die Trift;[1])
3. die Einleitung unschädlicher Flüssigkeiten oder anderer nicht fester Stoffe, ebenso die Einführung fester Stoffe, die weder die Eigenschaft des Wassers schädlich verändern noch auf den Wasserabfluß und Wasserstand nachteilig einwirken.[2])

§ 14.

Beschränkungen des staatlichen Gewässereigentums durch Privatrechtstitel.

Neben den hemmenden Einflüssen, welche die öffentliche Zweckbestimmung auf die Entfaltung des staatlichen Eigentums ausübt, lassen sich auch eine Reihe von Beschränkungen feststellen, welche durch privatrechtliche Titel hervorgerufen sind. Solche Titel sind, soweit sie schon bei Inkrafttreten des neuen Wassergesetzes (1. 1. 1908) rechtsbeständig waren, ausdrücklich durch Art. 207 WG. aufrechterhalten. Sie können aber auch, wie schon oben gestreift,[3]) jederzeit neu begründet werden. Nur dürfen sie natürlich der Zweckbestimmung der öffentlichen Gewässer nicht zuwiderlaufen, da sie sonst ohne weiteres der Nichtigkeit verfielen.[4])

Die Neubegründung dinglicher Rechte an öffentlichen Gewässern hat sich in Ermangelung besonderer wassergesetzlicher Bestimmungen nach den Regeln des bürgerlichen Rechts zu vollziehen.[5]) Eine Eintragung ins Grundbuch ist dabei nicht erforderlich. Im übrigen bedarf es, wie schon oben erwähnt, nicht immer eines besonderen privatrechtlichen Vertrages, vielmehr können solche Rechte auch durch die Erlaubniserteilung gemäß Art. 42 WG. ins Leben gerufen werden.[6])

---

[1]) Art. 29 u. 31 WG.

[2]) Folgt mittels arg. e. contrario aus Art. 37 u. 38 WG.; vgl. Harster-Cassimir Anm. 5 Ziff. 7 zu Art. 26 (faßt den Begriff des Gemeingebrauches zu eng); s. auch S. 37 der Darst.

[3]) s. S. 35—37 der Darst.

[4]) Schenkel S. 185; Harster-Cassimir Anm. 7 I, 2.

[5]) Harster-Cassimir a. a. O.

[6]) s. S. 35/36 der Darst.

4. Hauptteil.

Entstehung und Untergang des staatlichen Eigentums an den öffentlichen Gewässern.

§ 15.

Entstehung des staatlichen Gewässereigentums.

Das Eigentum des Staates an den öffentlichen Gewässern ist die unmittelbare an den Tatbestand der Öffentlichkeit geknüpfte Rechtsfolge. Der Staat wird kraft Gesetzes Eigentümer, sobald ein Gewässer in den Kreis der öffentlichen eintritt. Eines besonderen Übertragungsaktes bedarf es hierzu nicht.[1]) Die Frage nach der Entstehung des staatlichen Eigentums an den öffentlichen Gewässern ist daher gleichbedeutend mit der Frage nach der Entstehung der öffentlichen Rechtsnatur selbst. Ihr sollen folgende Betrachtungen dienen:

1. Was die öffentlichen Flüsse anlangt, so ist ein Unterschied zu machen zwischen der Entstehung ihrer öffentlichen Eigenschaft vor Inkrafttreten des neuen Gesetzes (1. 1. 1908) und ihrer künftigen Neubegründung. Unter der Herrschaft des alten Wasserbenützungsgesetzes von 1852 erfolgte nämlich der Eintritt eines Flusses in den Kreis der öffentlichen Gewässer ohne weiteres mit der Erfüllung gewisser objektiver, dem Wasserlaufe selbst anhaftender Merkmale.[2]) Und zwar galt als Hauptkriterium für die Öffentlichkeit die Tatsache, daß ein Wasserlauf der Schiff- oder Floßfahrt diente. Dieses Kennzeichen entsprach, wie schon oben berührt,[3]) der deutschrechtlichen Entwicklung, während nach römischem Recht die Eigenschaft eines Flusses, ständig fließendes Wasser zu führen, ausschlaggebend war. Nun dient aber ein Fluß nur dann der Schiff- oder Floßfahrt, wenn auf ihm eine Beförderung von Personen oder Sachen mittels Schiffen (Schiffahrt) oder ein Transport von verbundenen Hölzern (Floßfahrt) in seiner Längsrichtung tatsächlich vorgenommen

---

[1]) Harster-Cassimir Anm. 6 zu Art. 2.
[2]) Entsch. d. Oberst. GH. Bd. 4 S. 366.
[3]) s. § 2 der Darst.

wird.[1]) Nicht ausreichend wäre die bloße Tauglichkeit eines Wasserlaufes zu einer der beiden Benutzungsarten. Welche Flüsse in concreto den erwähnten Bedingungen unter der Herrschaft des alten Wassergesetzes bereits entsprochen haben und demnach auch fernerhin als öffentliche zu betrachten sind, ist in der Anlage I zu den Vollzugsvorschriften zum Wassergesetz v. 3. 12. 1907 (GVBl. S. 876) im einzelnen festgestellt. Allerdings hat dieses Verzeichnis nicht den Charakter einer authentischen Feststellung der als öffentlich zu betrachtenden Flüsse, so daß im Streitfalle eine besondere Nachprüfung der obenerwähnten Voraussetzung veranlaßt sein kann.[2])

Während nun nach altem Rechte die bloße Tatsache des zur Schiff- oder Floßfahrt Dienens einem Flusse öffentliche Eigenschaft verlieh,[3]) bedarf es in Zukunft zur Umwandlung eines Privatflusses in einen öffentlichen neben der Erfüllung der objektiven Voraussetzungen noch einer besonderen Erklärung der Staatsregierung. Erst diese — vom Staatsministerium des Innern — abzugebende Erklärung ist imstande, nach Erfüllung der objektiven Erfordernisse den Eintritt eines Wasserlaufes in die Reihe der öffentlichen herbeizuführen. Es ist daher in Zukunft der Fall denkbar, daß ein Wasserlauf der Schiff- oder Floßfahrt eröffnet ist, ohne die Eigenschaft eines öffentlichen erlangt zu haben.[4]) Natürlich müßte die Schiff- oder Floßfahrt erst unter der Herrschaft des neuen Gesetzes eingeführt worden sein; denn im Falle einer früheren Eröffnung hätte ja der betreffende Wasserlauf, wie gezeigt, öffentliche Rechtsnatur bereits angenommen und auch beibehalten.

Nun ist auch vorgeschrieben, daß die konstitutive Erklärung der Staatsregierung den Zeitpunkt zu bestimmen hat, von welchem an der Fluß als öffentlicher zu gelten hat.[5]) Hieraus folgt im Zusammenhalte mit den vorausgehenden Ausführungen, daß der

---

[1]) Poezl Bd. 2 S. 52; EVGH. Bd. 19 S. 292; Oertmann § 94 II a α; Harster-Cassimir Anm. 4, 3 zu Art. 1.

[2]) Eymann Anm. 1 d zu Art. 1 u. Bl. f. Rechtspfl. 1908 S. 478.

[3]) Entsch. d. Oberst. GH. Bd. 4 S. 366.

[4]) Bl. f. Rechtsanw. 1908 S. 478.

[5]) Art. 4 Abs. 1 WG.

publizistische Willensakt nur dann die beabsichtigte Wirkung erreichen kann, wenn spätestens in dem von ihm bestimmten Zeitpunkt die objektiven Voraussetzungen erfüllt sind, d. h. der betreffende Wasserlauf zur Schiff- oder Floßfahrt tatsächlich eingerichtet ist.[1]) Da übrigens das Gesetz lediglich von einem „Einrichten" zur Schiff- oder Floßfahrt spricht, so könnte man leicht folgern, daß es einer tatsächlichen Eröffnung der erwähnten Benutzung nicht bedürfte. Allein diese lediglich aus dem Wortlaute gezogene Folgerung ergebe einen inneren Widerspruch mit dem in Art. 1 WG. ausgesprochenen Gedanken, daß nicht die Tauglichkeit eines Flusses zur Schiff- oder Floßfahrt, sondern die tatsächliche Benützung hierzu ausschlaggebend sein soll. An dieser Auffassung will Art. 4 WG. nichts ändern, sondern lediglich zu den objektiven Voraussetzungen ein neues — subjektives — Erfordernis hinzufügen. Hieraus folgt, daß die Regierungserklärung so lange in ihrer Wirkung als suspendiert zu betrachten wäre, bis die tatsächliche Eröffnung der Schiff- oder Floßfahrt stattgefunden hätte.[2])

II. Was die Entstehung der öffentlichen Eigenschaften der Kanäle anlangt, so ist hierzu ein doppelter Willensakt des Staates gefordert. Erste Voraussetzung ist, daß der Kanal vom Staate errichtet, zweite, daß er von der Staatsregierung der Schiff- oder Floßfahrt eröffnet ist.[3]) Was das erste Erfordernis betrifft, so wird es gerade nicht in dem strengen Sinne aufzufassen sein, als ob der Staat den Kanal auch von vornherein selbst angelegt haben müßte.[4]) Vielmehr wird es genügen, wenn der Staat das Eigentum an einem von privater Seite begonnenen oder gar vollendeten Kanale erworben und an ihm eine gewisse objektive Tätigkeit entfaltet haben sollte.[4]) Das zweite Erfordernis entspricht im wesentlichen den Voraussetzungen, welche Art. 4 WG. zur Umwandlung eines Privatflusses in einen öffentlichen vorschreibt: Also die Einrichtung zur Schiff- und Floßfahrt und eine entsprechende, wenn auch in freierer Form ge-

---

[1]) Eymann Anm. 6 zu Art. 4 WG.
[2]) Oertmann § 94 II a γ; Poezl Bd. 1 S. 70.
[3]) Art. 1 Abs. 1 WG.
[4]) Eymann Anm. 11 zu Art. 1 WG.

haltene — konkludente — Willenskundgabe der Staatsregierung. Im übrigen muß auch für die Entstehung der öffentlichen Kanäle eine tatsächliche Verwendung zur Schiff- oder Floßfahrt gefordert, eine bloße Verwendbarkeit zu dieser Benutzung aber für unzureichend erklärt werden.[1])

Eine besondere Art der Entstehung der öffentlichen Rechtsnatur ist bei den Seen und sonstigen geschlossenen Gewässern anerkannt. Das sonst allgemein entscheidende Merkmal der Schiff- und Floßbarkeit ist bei dieser Gewässerart zur Begründung der öffentlichen Eigenschaft weder erforderlich noch ausreichend.[2]) Entscheidend ist vielmehr hier allein die Tatsache, ob ein See oder sonstiges geschlossenes Gewässer nach den bestehenden Rechtsverhältnissen als ein öffentliches anzusehen ist. Die hier als maßgebend anerkannten Rechtsverhältnisse können seinerzeit durch einen einmaligen korrekten Begründungsakt entstanden sein, unter Umständen sich aber auch als Endergebnis eines lange Zeit bestandenen unangefochtenen Zustandes darstellen.[3]) Im letzteren Falle handelt es sich um das bereits früher besprochene Institut der sogen. unvordenklichen Verjährung.[4]) Ob die eine oder andere Entstehungsart vorliegt, ist nach dem Gesetze durchaus gleichgültig. Dagegen läßt sich aus der Identität der Bestimmungen des Art. 1 Abs. 1 WG. und Art. 7 Abs. 1 WBG. die Annahme rechtfertigen, daß ein für die Öffentlichkeit der genannten Gewässerarten maßgebendes Rechtsverhältnis spätestens mit dem Inkrafttreten des alten Wasserbenützungsgesetzes — 7. 10. 1852 — zum Abschluß gekommen sein muß. Damit ist zugleich das vor 1852 an den maßgebenden Orten bestandene öffentliche wie private Recht aufrechterhalten.[5]) In Betracht kommt hierbei vor allem das bayr. Landrecht, das nach der Kommentierung Kreittmayrs nur diejenigen Seen zu den öffentlichen rechnete, „welche zugleich der Kammer ein-

---

[1]) s. S. 55 der Darst.

[2]) Poezl Bd. 1 S. 40; Oertmann § 94 IIb; Harster-Cassimir Anm. 7,1 zu Art. 1.

[3]) Eymann Anm. 14 zu Art. 1.

[4]) s. S. 10 der Darst.

[5]) Oertmann § 94 IIb; Harster-Cassimir Anm. 7,2 zu Art. 1.

verleibt und mit sowohl eigenen Seerichtern und Seeordnungen versehen waren". Das waren alle größeren Seen wie der Ammer-, Starnberger- und Chiemsee, während die kleineren als bona privata galten.[1])

§ 16.

Der Untergang des staatlichen Eigentums an den öffentlichen Gewässern.

Der Satz, daß mit dem Eintritt eines Gewässers in die Reihe der öffentlichen auch ohne weiteres sein Eintritt unter die Herrschaft des staatlichen Eigentums erfolgt, duldet keine Umkehrung in dem Sinne, daß durch das Erlöschen der öffentlichen Rechtsnatur auch das staatliche Eigentum in Wegfall käme. Das einmal begründete Gewässereigentum besteht vielmehr so lange fort, bis es durch einen besonderen rechtsgeschäftlichen Akt an andere Personen übertragen werden sollte. Allerdings erscheint ein solcher Übertragungsakt während des Bestehens der öffentlichen Rechtsnatur eines Gewässers ausgeschlossen. Denn als öffentliches Gewässer kann es bei der zwingenden Natur des Art. 2 WG. keinen anderen Eigentümer als den Fiskus haben.[2]) Das schließt natürlich nicht aus, daß Teilstücke öffentlicher Gewässer „unter den Voraussetzungen, die sonst für die Veräußerung vom Staatsgut bestehen, an dritte Hand übereignet werden können".[3]) Niemals darf jedoch eine solche Veräußerung so weit gehen, daß hierdurch der Bestand der öffentlichen Gewässer selbst in Frage gestellt werden könnte.[4]) Die Tatsache des Gemeingebrauches steht einer solchen Teilveräußerung nicht entgegen, denn selbst wenn der Gemeingebrauch, was oben widerlegt wurde, als ein Recht im subjektiven Sinne aufzufassen wäre, dann würde dieses Recht

---

[1]) Kreittmayr Anm. 4 zu Teil II Kap. 1 § 5.

[2]) Harster-Cassimir Anm. 7 I, 1 zu Art. 2; Eymann Anm. 4 zu Art. 2.

[3]) AB. d. AK. S. 157; RRA. S. 131; Dittmann in Zeitschr. f. Rechtspfl. 1908 S. 6.

[4]) Eymann Anm. 4 zu Art. 2.

doch nur die Benutzung eines schon vorhandenen und bestehenden Gewässers (Gewässerteiles) zum Gegenstande haben, niemals aber die Forderung in sich schließen können, daß zum Zwecke der Benutzung auch ein Gewässer vorhanden ist.[1])

[1]) Erkl. des Kgl. Staatsministers d. Inn., RRA. S. 141; Oertmann § 95,3 g; Harster-Cassimir Anm. 4 zu Art. 26; Seydel Bd. 3 § 337 Anm. 7 u. EVGH. Bd. 3 S. 38, 488, Bd. 7 S. 238 (Analogieschluß vom Gemeingebrauch an öffentlichen Wegen auf den an öffentlichen Gewässern). Mit Recht führt Dittmann als Beispiel an, daß ein Bierbrauer, der bisher kraft Gemeingebrauches aus einem Altwasser Eis zu entnehmen pflegte, nicht etwa eine Anfechtungsklage erheben kann, wenn der Staat das Altwasser an einen Privaten veräußert und dieser es zuschütten läßt. Zeitschr. f. Rechtspfl. 1908 S. 6.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.